DER LEICHTE FALL

IM SCHWEIZERISCHEN MILITÄRSTRAFRECHT

Inaugural - Dissertation zur Erlangung der Würde eines
DOCTOR IURIS UTRIUSQUE
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern
vorgelegt durch
MATTHIAS SULSER, Fürsprecher, von WARTAU (SG)

SCHWARZENBACH (SG) 1942 + DRUCK FRANZ RENGGLI

DER LEICHTE FALL

IM SCHWEIZERISCHEN MILITÄRSTRAFRECHT

Inaugural - Dissertation zur Erlangung der Würde eines
DOCTOR IURIS UTRIUSQUE
der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern
vorgelegt durch
MATTHIAS SULSER, Fürsprecher, von WARTAU (SG)

SCHWARZENBACH (SG) 1942 + DRUCK FRANZ RENGGLI

Die Fakultät hat diese Arbeit am 7. Mai 1942 auf Antrag von Herrn Professor Dr. Philipp Thormann als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung. 5

I. Teil: Militärisches Kriminal- und Disziplinarstrafrecht.

1. Abschnitt: Materielles.

§ 1 Grundsätzliche Gegenüberstellung. 11
§ 2 Militärisches Delikt und militärische Strafe. 16
§ 3 Das Disziplinarstrafrecht im Besondern. 24
§ 4 Die Massnahmen des Dienstreglementes. 29

2. Abschnitt: Prozessuales.

§ 5 Das Disziplinarverfahren. 33
§ 6 Das Gerichtsverfahren. 39

II. Teil: Der Leichte Fall.

1. Abschnitt: Die Regelung bis zum Jahre 1927.

§ 7 Die materiellrechtliche Normierung. 44
§ 8 Die verfahrensrechtliche Normierung. 52
§ 9 Die Praxis. 53

2. Abschnitt: Die geltende Regelung.

§ 10 Die materiellrechtliche Normierung. 59
§ 11 Die verfahrensrechtliche Normierung. 65
§ 12 Die Praxis. 72

3. Abschnitt: Dogmatisches.

§ 13 Der Leichte Fall des speziellen Teiles des MStr.G.B. 92
§ 14 Der Leichte Fall des allgemeinen Teiles d. MStr.G.B. 107

III. Teil: Die Garantien für eine gleichmässige Anwendung des MStr.G.B.

§ 15 Allgemeines. 116
§ 16 Die gleichmässige Rechtsanwendung durch die verschiedenen Militärgerichte. 118
§ 17 Die gleichmässige Rechtsanwendung durch die verschiedenen Truppenkommandanten. 124

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547623_0033

Literatur - Verzeichnis.

Allgemeine Schweizerische Militärzeitung, Basel. Zit. : ASMZ

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend das Militärstrafgesetzbuch für die Schweizerische Eidgenossenschaft vom 30.5.1884.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Militärstrafgesetzbuch vom 26.11.1918.

Dienstreglement für die Schweizerische Armee 1933. Zit. : DR

Militärstrafgesetz (Bundesgesetz vom 27.8.1851), bereinigte Ausgabe 1917.

Militärstrafrechtspflege für die Schweizerische Armee 1927, enthaltend:
a) Militärstrafgesetz (Bundesgesetz vom 13.6.1927)
b) Militärstrafgerichtsordnung (Bundesgesetz vom 28.6.1889)
c) Verordnung betreffend den militärischen Vollzug der Gefängnisstrafe vom 29.11.1927.

Schweizerisches Militäramtsblatt. Zit. : MAB

Sammelband des Militäramtsblattes. Zit. : SMA

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; Bern. Zit. : Z

Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung.

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins; Bern. Zit. : ZBJV

Entscheidungen des Militärkassationsgerichtes:
Band I 1915 - 1925 Zit. : MKG I
Band II 1926 - 1935 Zit. : MKG II
Band III 1936 - 1940 Zit. : MKG III

Sammlung von Entscheiden der Militärgerichte (August 1914 - Januar 1916) herausgegeben vom Armeeauditor, Bern 1916; Zit. : SEM

Rapporte der schweizerischen Justizoffiziere (Protokolle), Archiv des Oberauditors; zit. : JR

Brunner C. : Die Lehre vom Verwaltungszwang. Zürcher Dissertation 1923.

Burckhardt W. : Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Basel 1927.

Burckhardt W. : Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung. 3. Auflage, Bern 1931.

Businger L. : Das Kriegsrecht der Schweizer in fremden Diensten. 1916.

Eugster J. : Die persönliche und sachliche Zuständigkeit der schweizerischen Militärgerichte. Zürcher Dissertation 1913.

Fleiner F. : Schweizerisches Bundesstaatsrecht. Tübingen 1923.

Gerber G. : Die Kriminalverjährung mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Militärstrafrechtes. Zürcher Dissertation 1926.

Gugger J. : Der Missbrauch der militärischen Dienstgewalt nach schweizerischem und deutschem Militärstrafrecht. Berner Dissertation 1911.

Hæne W. : Das militärische Beschwerderecht, insbesondere gegen Disziplinarstrafen in der Schweiz, unter Berücksichtigung ausländischer Regelungen. Zürcher Dissertation 1923.

Hafter E. : Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts. Berlin 1926 (allgemeiner Teil).

Hafter E. : Schweizerisches Strafrecht. Berlin 1937 (besonderer Teil, erste Hälfte).

Hafter E. : Vorentwurf zu einem Schweizerischen Militärstrafgesetzbuch mit Motiven. Bern 1918. Zit. : VE Hafter.

Hammer M.: Die Voruntersuchung im schweizerischen Militärstrafverfahren. Zürcher Dissertation, 1941.

Hilty C. : Das eidgenössische Militärstrafrecht (Politisches Jahrbuch 1889).

Hilty C. : Über die Grundzüge eines Militärgesetzbuches für die Schweizerische Eidgenossenschaft. 1876 bis 1878.

Lenzlinger J. : Die schweizerische Militärstrafgerichtsbarkeit. 1928.

Lüchinger M. : Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen. Zürcher Dissertation 1924.

Lüthi W. : Militärstrafrecht (Separatabdruck aus ASMZ 1941 No. 11).

Mauerhofer C. Der Grundsatz nulla pœna sine lege in der schweizerischen Gesetzgebung und der Praxis des Bundesgerichtes. Zürcher Dissertation 1926.

Naenni H. : Die Busse im schweizerischen Militärrecht. Zürcher Dissertation 1939.

Rieter F. H. : Das militärische Delikt des Ungehorsams nach deutschem und schweizerischem Militärstrafrecht. Zürich 1911.

Schneider A. : Zur Geschichte der militärischen Rechtspflege mit besonderer Rücksicht auf die schweizerischen Truppen. Zürich 1874.

v. Schumacher F. : Der Geltungsbereich des schweizerischen Militärstrafgesetzbuches. Freiburger Diss. 1936.

Schweizer Kriegsgeschichte, herausgegeben im Auftrag des Generalstabschefs durch Oberst M. Feldmann und Hauptmann H. G. Wirz, 4 Bände.

Sprecher v. Bernegg J. : Disziplinarfehler und ihre Bestrafung nach schweizerischem Militärstrafrecht. Basler Dissertation 1934.

Steiger R. : Das Strafensystem im schweizerischen Militärstrafrecht. Berner Dissertation 1923.

Stooss A. : Kommentar zu der Militärstrafgerichtsordnung vom 28.6.1889. Bern 1915. Zit. : Stooss.

Stooss C. : Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechtes, im Auftrag des Bundes vergleichend dargestellt. 1892.

Thormann Ph. und v. Overbeck A. : Das Schweizerische Strafgesetzbuch (Kommentar), Zürich 1940.

Wille F. U. : Die Anstaltspolizeigewalt des schweizerischen Heeres. Zürcher Dissertation 1934.

Zollinger : Die Handhabung der Disziplinarstrafgewalt bei der Truppe. Bern 1916.

Weitere Literatur in MKG II S. 207 ff.

Dietz :	Die Disziplinarstrafordnung für das Heer. 2. - 4. Auflage Rastatt 1917.
Krakenberger :	Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe. Breslau 1912.
Laband :	Reichsstaatsrecht. Bd. I, 7. Aufl. Tübingen 1919.
v. Laun :	Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig und Wien 1910.
Liszt :	Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. 21. und 22. Auflage, Berlin und Leipzig 1919.
Meyer :	Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Auflage, neubearbeitet von Allfeld, Leipzig 1912.
Rotermund :	Kommentar zur Disziplinarstrafordnung für das Reichsheer (HDStr.O.). Berlin 1934.
Stritter :	Die Disziplinarstrafordnung für das Heer vom 31.10.1872. Berlin 1905.

* * *

EINLEITUNG

Der Schweizerische Bundesrat,
auf den Antrag seines Militärdepartementes
und gestützt auf Art. 1o2 der Bundesverfassung
und die Art. 198, 199, 2o2 und 217
der Militärorganisation vom 12. April 19o7
beschliesst:

Die Kriegsmobilmachung der ganzen Armee.
Der 2. September ist der erste Mobilmachungstag. [1]

Es ist aus der Geschichte wohl kein Ereignis bekannt, das gleich dem Ausbruch des modernen Krieges mit einem Schlag die ganze Welt in Aufruhr gebracht hat und wodurch sich Regierungen und Völker aller Staaten plötzlich vor neue Tatsachen und Aufgaben gestellt sahen. Wenn auch die Schweiz nicht unmittelbar in Mitleidenschaft gezogen wurde, so bedeutete der Kriegsausbruch doch eine vollständige geistige und materielle Umstellung sowohl für die Behörden als auch für jeden einzelnen Bürger. Die Bereitschaft zum totalen Krieg erforderte den Einsatz der hintersten Person und der letzten Sache, wovon die Aufstellung von Ortswehren, Luftschutztruppen, neuer Hilfsdienstgattungen und der Erlass unzähliger kriegswirtschaftlicher Vorschriften beredtes Zeugnis ablegen.

Die Zeit von der Kriegsmobilmachung 1914 bis zur Mobilmachung im Jahre 1939 kennzeichnet sich -- abgesehen von den ersten Nachkriegsjahren -- nicht bloss durch die Beschaffung neuer und die Verbesserung der bestehenden Waffen, die Erhöhung des Ausbildungsgrades, die neue Truppenordnung, die Aufstellung neuer militärischer Organisationen, mit einem Wort: den Ausbau der schweizerischen Armee. In weiser Voraussicht haben die Bundesbehörden auch nicht ver-

1) BRB vom 1.9.39 betreffend die Kriegsmobilmachung der Armee; A.S. Bd. 55 S. 771.

säumt, die notwendigen Massnahmen zu treffen für den Schutz und die Erhaltung ihres neuen und neuzuschaffenden Werkes, des schweizerischen Heeres: Am 1. Januar 1928 trat das neue eidgenössische Militärstrafgesetzbuch vom 13. Juni 1927 in Kraft, das zugleich eine teilweise Abänderung der Militärstrafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889 mit sich brachte.

Obwohl das neue Gesetz im Zeitpunkt der Kriegsmobilmachung schon seit mehr als einem Jahrzehnt angewendet worden war, so liegt es doch in seiner Natur als Spezialgesetz, dass diese Zeit nicht ausreichen konnte, um sich ein endgültiges Urteil über das Gesetz zu bilden. Nur auf Grund eines andauernden Aktivdienstes und des daherigen tändigen Mehraufgebotes von Truppen wird der Wert der meisten Bestimmungen des Gesetzes festgestellt werden können, vollends aber nur im Falle kriegerischer Verwicklungen.

Gegenstand vorliegender Arbeit kann nicht die kritische Betrachtung des Militärstrafgesetzes als Ganzes oder einzelner Teile desselben auf Grund der bisher durch die Praxis gesammelten Erfahrungen sein. Es soll vielmehr bloss ein bestimmter Ausschnitt aus dem Militärstrafgesetzbuch und der Militärstrafgerichtsordnung unter Berücksichtigung der Praxis einer näheren Betrachtung unterzogen werden, der allerdings sowohl allgemeinen und speziellen Teil des eigentlichen Militärstrafrechtes, als auch die Disziplinarstrafordnung beschlägt.

Das Militärstrafgesetzbuch kennzeichnet sich dadurch, dass dem freien Ermessen aller mit dessen Anwendung betrauten Instanzen ein ausserordentlich grosser Bereich vorbehalten bleibt. Ein Beispiel: Die Strafe für Ungehorsam kann vom disziplinarischen Verweis bis zur Maximaldauer der Gefängnisstrafe von drei Jahren gehen, in Kriegszeiten bis zur Maximaldauer der Zuchthausstrafe von zwanzig Jahren und unter Umständen sogar bis zur Todesstrafe. Dieser denkbar weite Strafrahmen zeugt gewiss von dem überaus grossen Vertrauen, das der

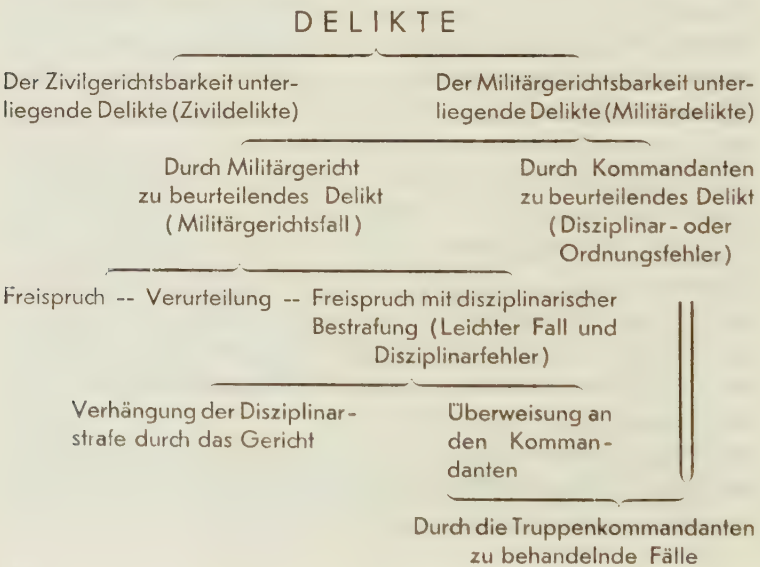
Gesetzgeber allen militärischen Behörden, denen die Anwendung des Gesetzes obliegt (Militärjustiz, Truppenkommandanten, Militärverwaltung) entgegengebracht hat. Es stellt sich nun aber doch die Frage, ob es nicht gewisse Grundsätze oder latente Rechtsnormen gibt, nach denen sich das freie Ermessen zu richten hat, bezw. eingeschränkt wird. Im Mittelpunkt dieses Problems steht der „Leichte Fall", der die Brücke zwischen kriminellem und disziplinarischem Strafrecht darstellt. Die Rechtsnatur, die dem Leichten Fall innerhalb der Systematik des Militärstrafrechtes zuerkannt wird, ist daher von grösster Tragweite für die gesamte Militärstrafrechtspflege.

Mit diesem Problem steht ein weiteres im Zusammenhang, nämlich die Frage nach den Garantien für eine gleichmässige Rechtsanwendung im Militärstrafrecht. Auch dieses zweite Problem ist von grosser Bedeutung angesichts der Tatsache, dass weder eine systematische Sammlung der erstinstanzlichen Militärgerichtsentscheide besteht, noch diese Entscheide durch ein allgemeines reformatorisches Rechtsmittel angefochten werden können. Was die Strafverfügungen der Truppenkommandanten anbetrifft, so kann von einer ausgeglichenen Praxis natürlich nicht die Rede sein; obwohl gegen diese Disziplinarverfügungen ohne besondere bestimmte Voraussetzungen Beschwerde geführt werden kann, so wird der definitive Entscheid doch bloss durch den nächsthöheren Vorgesetzten gefällt. Die Frage nach den Garantien für eine gleichmässige Rechtsprechung ist endlich berechtigt mit Rücksicht auf die gesetzliche Regelung, gemäss welcher es den Kommandanten in vielen Fällen anheim gestellt ist nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob ein konkreter Straffall durch die Truppenkommandanten selbst beurteilt werden soll.

Die Prüfung dieser beiden Fragen ist Gegenstand vorliegender Arbeit. Wenn auch auf den ersten Blick die beiden Sachgebiete zusammenhanglos erscheinen mögen, wird sich in der

Folge bei deren näherer Betrachtung doch der innere Zusammenhang erweisen.

Das neue Militärstrafgesetzbuch bestimmt, dass sowohl Militärgerichte als auch Truppenkommandanten sowie eidgenössische und kantonale Militärverwaltungen befugt sind Disziplinarstrafen zu verhängen, dagegen nur die Militärgerichte allein zuständig sind zur Aussprechung der kriminellen (nicht disziplinarischen) Strafen. Die strafbaren Handlungen indessen werden eingeteilt in Disziplinarfehler (Ordnungsfehler) einerseits, in Verbrechen und Vergehen anderseits. Die Disziplinarfehler ziehen ausschliesslich Disziplinarstrafen (Ordnungsstrafen) nach sich, die Verbrechen und Vergehen dagegen sind grundsätzlich mit krimineller Strafe zu ahnden, können aber -- soweit vorgesehen -- in leichten Fällen auch mit blosser Disziplinarstrafe belegt werden. Über diese verschiedenen Möglichkeiten materieller und verfahrensrechtlicher Art orientiert am klarsten das nachfolgende Schema:



Gemäss Kreisschreiben des Armeeauditors vom 5. Oktober 1939 sind die Truppenkommandanten auch zur direkten Beurteilung der leichten Fälle zuständig (ohne Überweisung der Angelegenheit an die Militärjustiz). Die Praxis hat überdies den Militärgerichten die Befugnis zuerkannt, in gewissen Fällen den Täter zu Disziplinarstrafe zu verurteilen, also auf Ordnungsstrafe zu erkennen ohne vorgängige Freisprechung des Angeklagten. (Leichter Fall des allgemeinen Teiles des MStr.G.B.)

Das Militärstrafgesetzbuch vom 13. Juni 1927, das am 1. Januar 1928 in Kraft getreten ist, gliedert sich in drei Bücher: Das erste Buch [2]), betitelt „Militärstrafrecht", behandelt in einem allgemeinen und speziellen Teil das kriminelle Strafrecht, während das zweite [3]), die „Disziplinarstrafordnung" das Disziplinarrecht normiert. In einem dritten Buche [4]) endlich werden die Einführungs- und Anwendungsbestimmungen des Gesetzes festgelegt, die in verschiedener Hinsicht auch das Militärgerichtsverfahren [5]) abändern. Sowohl MStr.G.B. als auch MStr. G.O. wurden abgeändert durch das Bundesgesetz betreffend Anpassung des Militärstrafgesetzes und der Militärstrafgerichtsordnung an das schweizerische Strafgesetzbuch vom 13. Juni 1941 [6]). -- Während das „Militärstrafrecht" grundsätzlich nur materielles Recht enthält (das entsprechende Verfahrensrecht ist in der Militärstrafgerichtsordnung enthalten), umfasst die „Disziplinarstrafordnung" sowohl materielles als auch Verfahrensrecht. Andere gesetzliche Erlasse über das Disziplinarverfahren bestehen nicht. Auch das Dienstreglement vom Jahre 1933 regelt zwar das materielle und formelle Disziplinarrecht. Da das DR aber nur Verwaltungsverordnung ist, sind seine bezüglichen Vorschriften nur als Ausführungsbestimmungen

---

2) Art. 1 - 179 bis MStr.G.B.
3) Art. 180 - 214 MStr.G.B.
4) Art. 215 - 237 MStr.G.B.
5) BG vom 28.6.89 über die Militärstrafgerichtsordnung.
6) A.S. Bd. 57 S. 1269.

bezw. Erläuterungen zum MStr.G.B. aufzufassen. Diese nähere Beschreibung des Disziplinarrechtes erscheint umso notwendiger mit Rücksicht auf den knappen Wortlaut der Disziplinarstrafordnung sowie im Hinblick auf den Umstand, dass die Anwendung der bezüglichen Bestimmungen grundsätzlich Sache meist rechtsunkundiger Offiziere ist.

Die vorliegende Abhandlung gliedert sich in drei Teile: In einem ersten allgemeinen Teil sollen zunächst die grundsätzlichen Unterschiede zwischen Disziplinarrecht und kriminellem Militärstrafrecht in materieller und prozessualer Hinsicht -- soweit für die Behandlung des Leichten Falles notwendig -- kurz zur Darstellung gelangen. Anschliessend wird in einem zweiten besondern Teil die Natur und die Bedeutung aller derjenigen Fälle zu erörtern sein, in welchen den Militärgerichten, allenfalls auch andern Organen der militärischen Rechtspflege, die Möglichkeit offen steht, Ordnungsstrafen zu verhängen oder überhaupt den Disziplinarweg zu beschreiten. Ein näheres Eintreten auf die Praxis wird sich zu diesem Behufe als unumgänglich erweisen. In einem dritten und letzten Teile sollen endlich anhangsweise die Garantien für eine gerechte und gleichmässige Anwendung des MStr.G.B. einer kurzen Prüfung unterzogen werden.

IUSTISSIMA CENTURIONUM COGNITIO.
(Juvenal)

ERSTER TEIL

MILITÄRISCHES KRIMINAL- UND DISZIPLINARSTRAFRECHT

ERSTER ABSCHNITT : MATERIELLES

§ 1. Grundsätzliche Gegenüberstellung.

Die militärische Disziplinarstrafgewalt ist wohl in allen Staaten Europas grundsätzlich Sache der militärischen Vorgesetzten und bildet geradezu einen Teil ihrer Vorgesetztengewalt. Zu den Ordnungsstrafen des Militärrechtes wird mithin nicht durch Gerichtsbehörden „verurteilt", sondern jene werden in der Regel durch Verwaltungsorgane im weiteren Sinne des Wortes „ausgesprochen" oder „verhängt" [7]). Angesichts dieses Umstandes erhebt sich die Frage, ob das Disziplinarrecht überhaupt den allgemeinen Regeln des Strafrechtes unterstellt ist oder ob es sich hier nicht vielmehr um besondere repressive Erscheinungen des Verwaltungsrechtes handelt, welche Auffassung mit guten Gründen vertreten werden könnte [8]). Damit wäre eine grundsätzliche, wenigstens theoretische Unterscheidung zwischen Kriminalstrafrecht einerseits und Disziplinarstrafrecht anderseits gefunden [9]). Die Ordnungsstrafe wird im Sinne dieser Theorie ihres Strafcharakters entkleidet und zu einer besondern Form des Verwaltungszwanges gestempelt.

7) MKG II 16.

8) Fehlen des Offizialprinzipes; äusserst einfaches und vom Inquisitionsprinzip beherrschtes Verfahren; der Blankettatbestand des Art. 180 MStr.G.B.; das Erfordernis gerichtlicher Freisprechung vor Verhängung einer Disziplinarstrafe; keine materielle Rechtskraft der Disziplinarentscheide der Truppenkommandanten.

9) Laband Bd. I S. 331/2.

Diese Theorie ist indessen für das schweizerische Militärdisziplinarrecht abzulehnen und zwar auf Grund folgender Erwägungen allgemeiner Natur:

1 Im Gegensatz zu den meisten Disziplinarstrafordnungen für die Heere ausländischer Staaten, die nur in Verwaltungserlassen (Dienstreglementen) niedergelegt sind, ist das Disziplinarstrafrecht der schweizerischen Armee Bestandteil des Militärstrafgesetzes und es besteht daher wohl kein Zweifel, dass der Gesetzgeber die Disziplinarstrafe als Strafe, d.h. als Übel, das dem Betroffenen bewusst als solches auferlegt wird und nicht als blosse Verwaltungsmassnahme betrachtet wissen will. Das DR behandelt zwar das Disziplinarrecht auch, was jedoch nur als auszugsweise und der allgemeinen Erläuterung dienende Wiedergabe der betreffenden Gesetzesartikel zu betrachten ist [10]).

2 Die Tatsache, dass auch im Disziplinarstrafrecht der spezifisch strafrechtliche Grundsatz „keine Strafe ohne Schuld" gilt (Art. 181 MStr.G.B.), charakterisiert die Disziplinarstrafe als eigentliche Strafe und nicht als Verwaltungsmassnahme [11]).

3 Ordnungsstrafen dürfen einzig dann verhängt werden, wenn eine -- vom militärischen Gesichtspunkte aus betrachtet -- unzulässige, also (militär-) rechtswidrige Handlung begangen worden ist.

4 Im weitern ist nicht einzusehen, weshalb die Disziplinarstrafe nicht Strafcharakter haben sollte, handelt es sich doch hier -- wie bei der Strafe des kriminellen Rechtes -- um ein

---

10) Das DR wird durch alle Offiziere und Unteroffiziere gefasst; die „Militärstrafrechtspflege" dagegen nur durch die angehenden Hauptleute in der Zentralschule I (Verzeichnis der als persönliche Exemplare abzugebenden Reglemente und Dienstvorschriften 1940).

11) Burckhardt, Organisation S. 295 ff.

Übel, das dem Täter durch staatliche Organe zugefügt wird um eines bestimmten vorschriftswidrigen Verhaltens willen und das ein bestimmtes Rechtsgut, nämlich die Ehre des Fehlbaren treffen soll [12]). So kann z.B. die disziplinarische Degradation mit Rücksicht auf ihre besondere Natur und ihre Folgen zweifellos nicht als eigentliches Erziehungsmittel, also als Verwaltungsmassnahme angesprochen werden, sondern kommt einer Bestrafung gleich, genau wie die Degradation des kriminellen Rechtes [13]). Wird eine Zivilperson mit einer Disziplinarstrafe belegt, so ist hierin wohl kaum eine Massnahme zu erblicken, durch welche die betreffende Person zu militärischer Zucht und Ordnung erzogen werden soll.

5 Die Disziplinarstrafen des MStr.G.B. sind trotz ihrer grundsätzlich leichten Natur derartige Übel, dass zu deren Verhängung nicht bloss eine mangelhafte Gesinnung des Betreffenden genügt, sondern es müssen einzelne bestimmte äussere Merkmale (Handlungen oder Unterlassungen) vorliegen, d.h. es muss ein gesetzlich bestimmter Tatbestand erfüllt sein. Auch im Disziplinarstrafrecht gilt der Grundsatz „nulla pœna sine lege" [14]). Nach dem Wortlaut des DR [15]) erscheint allerdings derjenige, der einen Ordnungsfehler begeht, nicht wie der kriminelle Täter als Rechtsbrecher, sondern in erster Linie als Erziehungsbedürftiger; die Strafe tritt nicht ein wegen des begangenen Fehlers, sondern wegen der dadurch erwiesenen

---

12) Der Umstand, dass Disziplinarstrafen keine Aufnahme in die bürgerlichen Strafregister finden, ist zweifellos nicht Begriffsmerkmal der Strafe (Art. 226 MStr.G.B.).

13) Die disziplinarische Degradation ist somit (Haupt- oder Neben-) Strafe, im Gegensatz zur administrativen Ausschliessung von der Dienstpflicht im Sinne von Art. 16 - 19 MO.

14) Logoz in Z. 1918 S. 37.

15) DR Zweiter Teil: Die Soldatenerziehung (Ziffer 38 ff).

mangelhaften militärischen Gesinnung. Wenn aber das DR die Ordnungsstrafe auch unter die Erziehungsmittel einreiht, sein Hauptaugenmerk somit nicht auf die Vergangenheit, sondern auf die Zukunft richtet, so benimmt dieser Umstand der Disziplinarstrafe durchaus nicht ihren Strafcharakter: Die Ordnungsstrafe ist Strafe im engeren Sinne des Wortes, zugleich aber in zweiter Linie ein Erziehungsmittel im weiteren Sinn [16]). Die Tatsache, dass durch die Verhängung von Strafen ein ganz bestimmter Zweck -- nicht nur die Sühnung des begangenen Unrechtes -- erreicht werden soll, tritt im Disziplinarrecht allerdings in vermehrtem Masse hervor als im kriminellen Militärstrafrecht oder in irgend einem bürgerlichen Strafgesetz [17]): Durch die disziplinarische Bestrafung soll im einzelnen Falle die „moralische Diensttauglichkeit" des Fehlbaren geschaffen werden und durch das Disziplinarrecht überhaupt soll im Heer jene Moral geschaffen und erhalten werden, die allein die Armee zum Kriege befähigt. Zutreffend weist das DR indessen darauf hin, dass nicht durch Strafen allein Disziplin anerzogen und erhalten werden könne (DR Zif. 4o Abs. 2). -- Nichtsdestoweniger ist das materielle Disziplinarrecht den Grundsätzen des allgemeinen Strafrechtes unterworfen und bleibt den Regeln des Verwaltungsrechtes prinzipiell entzogen.

6 Die Tatsache, dass der Ordnungsfehler als strafbare Handlung im Sinne des allgemeinen Strafrechtes zu betrachten ist, wird sich endlich auch aus der späteren Gegenüberstellung der kriminellen und disziplinarischen Tatbestände ergeben [18]).

---

16) Krakenberger S. 29.

17) Vgl. Zollinger S. 25 / 26, der als Zwecke der Ordnungsstrafe bezeichnet: Erziehung und Belehrung, Abschreckung, Sühne, Schutz der militärischen Disziplin.

18) Vgl. unten § 13.

Nicht nur die Verbrechen und Vergehen, sondern auch die Ordnungsfehler des schweizerischen Militärstrafrechtes sind somit als rechtswidrige, schuldhafte, tatbestandsmässige und mit Strafe im engeren Sinne des Wortes bedrohte Handlungen zu betrachten. Die herrschende strafrechtliche Doktrin lehnt die Theorie des Verwaltungszwanges mit Bezug auf die militärische Disziplinarstrafe ab [19]). -- Der Truppenkommandant, welcher seine ihm zustehende Strafgewalt ausübt, hat das Recht mithin ähnlich einem Richter anzuwenden, also in erster Linie um des Rechtes selbst willen [20]).

Die Frage, ob das materielle Disziplinarrecht dem Verwaltungs- oder aber dem Strafrecht zuzuzählen sei, ist nur von geringem praktischem Interesse: Trotz der knappen Fassung der geltenden Disziplinarstrafordnung werden die mit deren Anwendung betrauten Offiziere und Behörden sich kaum jemals genötigt sehen zu prüfen, ob sich ihr Vorgehen mangels ausdrücklicher Vorschriften nach verwaltungs- oder strafrechtlichen Grundsätzen allgemeiner Natur zu richten habe.

---

19) VE Hafter S. 129 ff; Hafter Allgemeiner Teil S. 238; Sprecher v. Bernegg S. 1 ff.; Zollinger S. 25. Krakenberger S. 29: „Auch die Disziplinarstrafe ist begrifflich Vergeltung"; „Das Zuchtmittel kann zugleich Strafe sein." Vgl. im weiteren die bei Krakenberger zit. Literatur. -- Burckhardt Kommentar S. 594 und Organisation S. 287 Anmerkung 1 betr. Disziplinarstrafe im Beamtenrecht und Polizeistrafe; gegenteiliger Auffassung betr. Rechtsnatur der Disziplinarstrafe im Beamtenrecht: Fleiner S. 269. Über den Unterschied zwischen den Disziplinarstrafen des MStr.G.B. und denjenigen des Beamtenrechtes vgl. Sprecher v. Bernegg a.a.O. -- Liszt S. 254.

20) Zur theoretischen Gegenüberstellung von Disziplinarstrafe als Strafe und als Verwaltungsmassnahme vgl. Hæne S. 42 ff.

§ 2. Militärisches Delikt und militärische Strafe.

A. Im Allgemeinen.

Jede Strafbestimmung setzt sich notwendigerweise zusammen aus Tatbestand und Strafandrohung. Die meisten der bisherigen allgemeinen Strafrechtskodifikationen teilen die Gesamtheit ihrer Delikte nach Massgabe der Schwere in zwei oder drei Klassen ein, nämlich in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Entsprechend dieser Einteilung der einzelnen Tatbestände, sehen gewisse Strafgesetze auch verschiedene Strafenkategorien vor, z.B. peinliche, korrektionelle und polizeiliche Strafen [21]).

1 Die Abgrenzung der einzelnen Strafenklassen untereinander bietet nun in der Regel keinerlei Schwierigkeiten, da das Gesetz die Strafe ja für jeden einzelnen Fall zum voraus bestimmt und deshalb auch keine Zweifel darüber entstehen können, in welche Strafenkategorie die im konkreten Falle auszusprechende Strafe einzureihen ist [22]).

2 Die Abgrenzung der verschiedenen Deliktsklassen nach ihrer Schwere dagegen stösst auf erhebliche praktische Schwierigkeiten. Die Verbrechen, Vergehen und Übertretungen können auf zwei verschiedene Arten voneinander unterschieden werden:

a. Zunächst besteht eine Abgrenzungsmöglichkeit nach der Verschiedenheit der auf Verbrechen, Vergehen und Übertretungen angedrohten Delikts-Folgen. Obwohl diese Art der Abgrenzung nicht auf die Natur der Tatbestände selbst abstellt und daher nicht befriedigt, erscheint sie doch für den Gesetz-

21) Z. B. Art. 1 des bernischen Str.G.B.; vgl. Stooss C. Bd. I S. 170.

22) Vgl. aber die Kontroverse mit Bezug auf die „kriminelle Arreststrafe" unten § 12 I 2b und § 14 III.

geber als praktisch brauchbare Lösung. Die Kodifikationen, welche eine generelle Ausscheidung der strafbaren Handlungen nach ihrer Schwere vornehmen, wenden daher regelmässig diese Methode an [23]). Indessen bedarf auch diese Unterscheidungsart eingehender Interpretation: Einmal besteht die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber bei einzelnen Tatbeständen des speziellen Teils dem Richter die Wahl z.B. zwischen korrektioneller und polizeilicher Strafe im Einzelfall zu treffen überlässt [24]), oder dass das Gesetz „in geringfügigen Fällen" polizeiliche Bestrafung ermöglicht [25]), oder dass endlich gegenüber dem Grundtatbestand, der korrektionelle Strafe vorsieht, bei qualifizierten Tatbeständen peinliche, bei privilegierten Tatbeständen dagegen bloss polizeiliche Bestrafung einzutreten hat [26]). In zweiter Linie kann ein Strafgesetz in seinem allgemeinen Teil Bestimmungen vorsehen, die den Richter zwingen oder ihm doch die Möglichkeit einräumen, im Einzelfall an Stelle der im speziellen Teil des Gesetzes normalerweise vorgesehenen Strafe auf eine leichtere Strafart herabzugehen [27]). -- In allen diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die bezüglichen Tatbestände den Verbrechen, Vergehen oder Übertretungen zuzuzählen seien. Dieses Problem erscheint besonders dann von erheblichem praktischem Interesse, solange im Einzelfall ein rechtskräftiges Urteil noch nicht vorliegt, d.h. die Strafe noch nicht bestimmt ist. Die Einteilung der strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen und Über-

---

23) Schweizerisches Str.G.B. Art. 9 und 101; bernisches Strafgesetz Art. 1.

24) Das Schweizerische Str.G.B. unterscheidet zwar nicht zwischen peinlichen, korrektionellen und polizeilichen Strafen, wohl aber zwischen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen; als Beispiel kann daher Art. 128 Schweizerisches Str.G.B. zitiert werden.

25) Z. B. Art. 225 Schweizerisches Str.G.B.

26) Z. B. Art. 123, 122, 126 Schweizerisches Str.G.B.

27) Z. B. Art. 11, 20, 64 Schweizerisches Str.G.B.

tretungen hat zunächst einen allgemeinen Ordnungswert, z.B. mit Rücksicht auf die Zuständigkeit der Gerichte [28]), ist aber auch von Bedeutung, wenn ein Strafgesetz für die Übertretungen als solche einzelne, von den Verbrechen und Vergehen abweichende Rechtsnormen aufstellt [29]).

b. Weitere Abgrenzungsmöglichkeiten nach dem Wesen, d.h. nach dem Tatbestand allein, nicht nach der Verschiedenheit der angedrohten Rechtsfolgen von Verbrechen und Vergehen einerseits, Übertretungen anderseits, wurden in der Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter erblickt. Ferner wurde die Theorie der geringeren Gefährlichkeit von Tat und Täter bei den Übertretungen aufgestellt.

Da sich das MStr.G.B. eng an die Regelung des schweizerischen Strafgesetzbuches hält, muss zunächst festgestellt werden, in welcher Weise sich die herrschende Doktrin zu den oben erwähnten Fragen geäussert hat:

a. Ob ein Verbrechen, Vergehen oder eine Übertretung vorliegt, richtet sich nach dem Höchstmass der gesetzlichen Strafandrohung und nicht nach der im Einzelfall verwirkten Strafe: Überlässt das Gesetz dem Richter die Wahl zwischen verschiedenen Strafarten oder ist eine mildere Strafart auf Grund einer Bestimmung des allgemeinen Teiles des Gesetzes zulässig oder geboten, dann richtet sich die Qualifikation des im konkreten Falle begangenen Deliktes nach der speziellen höchsten Strafdrohung; es handelt sich hier mithin nur um eine Erweiterung des Strafrahmens. Hingegen richtet sich die Qualifikation des Deliktes als Ver-

28) Hafter, Allgemeiner Teil S. 89; (vom Standpunkt des Gesetzgebers aus betrachtet).

29) Z.B. Art. 104 Absatz 1, ferner zweifellos auch Art. 109, soweit er sich auf die Verfolgungsverjährung bezieht; (vom Standpunkt der rechtsanwendenden Behörde aus betrachtet).

brechen, Vergehen oder Übertretung nach der betreffenden spezielleren Strafandrohung, wenn der besondere Teil des Gesetzes bestimmte Strafschärfungs- oder Milderungsgründe bei einem Tatbestand vorsieht und wenn das Gesetz qualifizierte oder privilegierte Tatbestände geschaffen hat [30]).

b. Eine Unterscheidung der Verbrechen, Vergehen und Übertretungen kann ihrem Wesen nach -- nicht nach der Verschiedenheit der angedrohten oder der im Einzelfalle verhängten Rechtsfolgen -- weder theoretisch noch viel weniger praktisch vorgenommen werden. Alle drei Deliktsformen unterstehen ein und demselben Oberbegriff und unterscheiden sich untereinander nicht qualitativ, sondern bloss quantitativ [31]).

B. Im Militärstrafgesetz.

Auch das schweizerische MStr.G.B. unterscheidet zwischen Verbrechen und Vergehen und zwar -- in Anlehnung an das Str.G.B. -- auf Grund der verschiedenen angedrohten Höchststrafen (Art. 9 bis). Allerdings stellt das MStr.G.B. den Verbrechen und Vergehen nicht „Übertretungen", sondern die Disziplinarfehler gegenüber. Der Wortlaut des Gesetzes hindert indessen nicht, die Disziplinarfehler (Art. 18o) als die Übertretungen des M.Str.G.B. zu betrachten [32]). Die grundsätzliche Verschiedenheit von krimineller und disziplinarischer Strafe vermag hieran nichts zu ändern, da dieser Unterschied nur die Folgen der strafbaren Handlungen, nicht diese selbst betrifft und die Einteilung der Delikte als Verbrechen, Vergehen und Übertretungen auf Grund der Verschiedenheit

---

30) Thormann und v. Overbeck zu Art. 9 Anmerkungen 1o, 12, 13; Hafter, Allgemeiner Teil S. 88 ff.; Liszt, S. 114; Meyer-Allfeld S. 116 ff.

31) Hafter, Allgemeiner Teil S. 9o; Meyer-Allfeld S. 115; vgl. auch Stooss C. Bd. I S. 17o.

32) Liszt, S. 114.

der Straffolgen u. E. überhaupt nur als Notbehelf zu betrachten ist. Ebensowenig ist der Umstand von Belang, dass die Ordnungsfehler grundsätzlich durch die militärischen Vorgesetzten, also durch nicht richterliche Behörden zu beurteilen sind; es handelt sich hier bloss um eine notwendige Sonderregelung verfahrensrechtlicher Natur.

Die Erkenntnis, dass die Ordnungsfehler systematisch als die Übertretungen des MStr.G.B. aufzufassen sind, ist nun nicht geeignet, alle in der Praxis vorkommenden Straffälle zum vorneherein in solche krimineller und solche disziplinarischer Natur auszuscheiden: Die Verbrechen, Vergehen und Übertretungen des MStr.G.B. können grundsätzlich nach ihrem Wesen, d.h. nach dem objektiven und subjektiven Tatbestand allein, nicht nach den Straffolgen, sowenig wie im bürgerlichen Strafrecht scharf untereinander abgegrenzt werden. Gerade diejenige Theorie, die für das gemeine Strafrecht den Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen einerseits und Übertretungen anderseits in der Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter erkennen will und dem Kern des Problems wohl am nächsten kommt (rechtlich zu schützende Interessen der Allgemeinheit oder der Einzelperson bei Verbrechen und Vergehen, Schutz der öffentlichen Ordnung bei Übertretungen) [33]), versagt vollends angesichts der besonderen Natur des Militärstrafrechtes: Jeder militärische Ordnungsfehler stellt eine Verletzung der militärischen Disziplin dar und muss daher zugleich als mittelbare Verletzung oder Bedrohung der rechtlich zu schützenden Interessen der Allgemeinheit betrachtet werden, denn ohne die militärische Disziplin ist die Armee bezw. der Bund nicht in der Lage, seine in Art. 2 der Bundesverfassung umschriebenen Aufgaben zu erfüllen. Eine eindeutige Abgrenzung der Begriffe der „öffentlichen Ordnung" einerseits und der

33) Hafter, VE S. 129.

„Interessen der Allgemeinheit" anderseits ist daher gerade im Militärstrafrecht ausgeschlossen. Im Sinne dieser Theorie könnten als Übertretungen einzig die sogen. militärpolizeilichen Übertretungen betrachtet werden, die aber kraft positiver gesetzlicher Bestimmung ausserhalb dem MStr.B.G. stehen [34]). -- Auch wenn wir -- mit Rücksicht auf den Charakter des MStr. G.B. als Spezialrecht -- an Stelle des Begriffes der „Öffentlichen Ordnung" denjenigen der „militärischen Zucht und Ordnung" setzen [35]), kann dadurch eine brauchbare generelle Abgrenzung von Kriminal- und Disziplinardelikt nicht gefunden werden: Einerseits stellen sehr viele Tatbestände des kriminellen Militärstrafrechtes, wenigstens soweit die Tat durch eine Militärperson begangen worden ist, zugleich Widerhandlungen gegen die militärische Zucht und Ordnung dar [36]). Anderseits werden durch die Begehung gerade der eigentlichen militärischen Delikte (Insubordination, Dienstverletzungen usw.), d.h. der strafbaren Handlungen des Militärstrafrechtes im engsten Sinne des Wortes, offensichtlich keine andern Rechtsgüter verletzt als durch die Disziplinarfehler. Jeglicher Abgrenzung von kriminellem und disziplinarischem Delikt auf Grund des verletzten Rechtsgutes könnte der Vorwurf der Unnatürlichkeit, der Konstruktion und namentlich der Unbrauchbarkeit in der Praxis nicht erspart bleiben und muss daher abgelehnt werden. -- Es steht mithin einzig fest, dass die Verbrechen und Vergehen des MStr.G.B. Delikte schwerwiegender, die Disziplinarfehler dagegen solche leichter Natur sind.

Während im bürgerlichen Strafrecht doch wenigstens auf ethischer Grundlage ein Unterschied zwischen Verbrechen bezw. Vergehen und Übertretungen darin erblickt werden kann, dass nur demjenigen, der sich einer Übertretung schuldig gemacht

34) Art. 235 Ziffer 1 MStr.G.B.; Botschaft zum MStr.G.B. S. 49.
35) Hæne, S. 37. 36) Hafter, VE S. 131.

hat ein moralischer Vorwurf erspart werden darf, besteht ein derartiges Unterscheidungsmerkmal im Militärstrafrecht nicht: Auch wenn der Täter bloss militärischer Zucht und Ordnung zuwidergehandelt hat, muss ihm doch in vielen Fällen -- namentlich bei vorsätzlicher Begehung -- ein moralischer Vorwurf gemacht werden.

Eine scharfe generelle Abgrenzung zwischen den Verbrechen und Vergehen einerseits und den Übertretungen anderseits nach der grundsätzlichen Verschiedenheit der entsprechenden Tatbestände ist also auch im Militärstrafrecht nicht möglich. Der Unterschied tritt indessen im MStr.G.B. bezw. in der MStr.G.O. noch viel deutlicher hervor als in irgend einer andern Strafrechtskodifikation, nämlich mit Rücksicht auf den Umstand, dass die Beurteilung der Übertretungen Sache von Verwaltungsbehörden ist, was auch die grundsätzliche Verschiedenheit zwischen deren Rechtsfolgen erklärt: Wer durch den bürgerlichen Richter wegen irgend einer Übertretung bestraft worden ist, gilt als verurteilt, selbst wenn eine nur ganz geringe Busse ausgesprochen worden ist; derjenige aber, der durch seinen militärischen Vorgesetzten oder das Militärgericht disziplinarisch gemassregelt worden ist, kann nicht als Verurteilter betrachtet werden, auch wenn zwanzig Tage scharfer Arrest, Degradation oder Busse von Fr. 200.- [37]) verhängt worden ist. Insbesondere kann auch das Militärgericht nicht zu einer Ordnungsstrafe „verurteilen", sondern es hat den Angeklagten vor Aussprechung der Disziplinarstrafe zunächst freizusprechen.

Der Unterschied zwischen kriminellen und disziplinarischen Strafen des Militärrechtes liegt darin, dass die erstgenannten entehrend wirken, die letzterwähnten hingegen militärische Ehrenstrafen sind [38]). Obwohl die Arreststrafe einer Freiheits-

37) Maximalbetrag der disziplinarischen Busse (Art. 191 und 192 MStr.G.B).
38) Sprecher v. Bernegg, S. 3; Hæne, S. 46; DR Ziffer 40 Absatz 3.

beraubung gleichkommt und der Gefängnisstrafe daher äusserlich nahesteht, ist sie nichtsdestoweniger Ehrenstrafe, ebenso die Disziplinarbusse. Auch die gegen Zivilpersonen, Kriegsgefangene und Internierte ausgesprochenen Ordnungsstrafen sind grundsätzlich Ehrenstrafen, wenn sie auch nicht in allen Fällen durch diese Personen mangels einer entsprechenden militärischen Erziehung als solche empfunden werden [39]). Die Kriminalstrafe schädigt oder zerstört somit die Ehre, die Disziplinarstrafe dagegen appelliert an die Ehre des Fehlbaren. Die Wirkungen der kriminellen Bestrafung des MStr.G.B. sind ähnlich denjenigen des bürgerlichen Strafrechts, wogegen der Ordnungsstrafe nur interne Bedeutung, d.h. innerhalb des Heeres beigemessen werden kann. Daher werden auch nur die kriminellen Strafurteile in das bürgerliche Strafregister eingetragen, während die Disziplinarentscheide (-Urteile und Verfügungen) einzig in den Strafkontrollen der Stäbe und Einheiten, die bloss der Beurteilung der militärischen Führung des Mannes dienen, vermerkt werden [40]). Im ersten Falle ist der Verurteilte vor militärischer und bürgerlicher Öffentlichkeit gebrandmarkt, im zweiten Falle aber wird die Bestrafung praktisch nur den Angehörigen der betreffenden Einheit bekannt sowie auf dem Rapportwege den vorgesetzten Kommandostellen. Die Person, gegen die eine Disziplinarverfügung ergangen ist, gilt nicht als vorbestraft und es sind die Rückfallsbestimmungen auch nicht anwendbar. Ein Disziplinarentscheid aber kann dennoch in einem späteren kriminellen oder disziplinarischen Verfahren bei der Strafzumessung als Straferhöhungsgrund berücksichtigt werden, denn das Mass der Strafe richtet sich in beiden Fällen u.a. nach der bisherigen militärischen Führung des Täters [41]).

39) Wille, S. 60.
40) Hafter, VE S. 165; Art. 226 MStr.G.B. und Ziffer 47 DR.
41) Art. 44 und 181 Absatz 2 MStr.G.B.

Das Bundesgericht hat den Unterschied zwischen krimineller und disziplinarischer Strafe darin erblickt, dass die erstere eintrete als Vergeltung für die betreffende Rechtsverletzung, die letztere dagegen ein Zuchtmittel sei zur Besserung der gesamten Lebensführung des Schuldigen [42]). Mit Bezug auf die kriminelle Bestrafung steht das Bundesgericht somit auf dem Boden der absoluten Strafrechtstheorie, begründet die Disziplinarbestrafung jedoch mit einer relativen (zweckgebundenen) Theorie, nämlich derjenigen der Besserung des Täters.

§ 3. Das Disziplinarstrafrecht im Besondern.

Die Disziplinarstrafgewalt ist notwendiges Attribut jeglicher militärischer Kommandogewalt: Dem Kommandanten, der für die innere und äussere Disziplin seiner Truppe verantwortlich sein soll, müssen auch die nötigen rechtlichen Mittel verliehen werden. „Die Disziplinarstrafgewalt steht grundsätzlich nur Offizieren zu, denen der Befehl über eine Truppenabteilung, ein abgesondertes Kommando, eine Militärbehörde oder eine militärische Anstalt mit Verantwortlichkeit für die Disziplin übertragen ist." [43])

Da die Disziplinarstrafe Strafe im Sinne des allgemeinen Strafrechts ist, kann sie -- wie wir oben bereits ausgeführt haben -- nur dann ausgesprochen werden, wenn im Einzelfall ein bestimmter im Gesetze mit Strafe bedrohter Tatbestand erfüllt ist. Das Disziplinarstrafrecht weist nun aber nur einen einzigen

42) BGE Bd. 11 S. 28.

43) HDStr.O. § 8 Absatz 1. Vgl. auch das Referat des Kommissionsberichterstatters Bolli im Ständerat in Sten. B. 1922 S. 16.

Artikel auf, der in diesem Sinne als „Tatbestand" bezeichnet werden kann, nämlich Art. 180 MStr.G.B.:

> Einen Disziplinarfehler begeht, wer den Befehlen der Vorgesetzten, den allgemeinen Dienstvorschriften oder überhaupt der militärischen Zucht und Ordnung zuwiderhandelt, sofern die Tat nicht als Verbrechen oder Vergehen strafbar ist.

Die ausserordentlich weite Fassung des Begriffes „Disziplinarfehler" trägt der Vielfältigkeit des militärischen Lebens vollauf Rechnung und ist diese Begriffsumschreibung daher zweifellos weitaus glücklicher als die kasuistische Aufzählung der möglichen Ordnungsfehler im alten MStr.G.B. Indessen handelt es sich doch um eine Art der sonst im Strafrecht verpönten Blankettbestimmung[44]), indem (notwendigerweise) u.a. Widerhandlungen gegen die militärische Zucht und Ordnung unter Strafe gestellt werden, d.h. Widerhandlungen gegen einen Begriff, dessen Inhalt zwar jeder Militärperson bekannt ist, über dessen Ausmass und Begrenzung dagegen unzweifelhaft jedermann seine persönliche Meinung hat. Gelangt der Disziplinarvorgesetzte zur Auffassung, dass sein Untergebener sich gegen die militärische Zucht und Ordnung vergangen hat, bezw. besteht dieses unmilitärische Verhalten (Handlung oder Unterlassung) nicht in der Nichtausführung eines Befehles oder der Missachtung allgemeiner Dienstvorschriften, so schafft der Vorgesetzte gleichsam selbst den eigentlichen engeren Straftatbestand[45]). Trotz der ausserordentlich weiten Fassung von Art. 180 MStr.G.B. kann hier natürlich niemals von einer Rechtssetzung des Disziplinarvorgesetzten gesprochen werden, son-

---

44) Mauerhofer, S. 34. ff.; BGE 27 I 339 und 57 I 274; MKG vom 28.1o.14 in Sachen Geppert in Z. 1914 S. 378; Art. 180 MStr.G.B. kann umsoweniger verfassungswidrig sein, als er sich nur auf das Disziplinarstrafrecht bezieht, in welchem eine „Verurteilung" gar nicht möglich ist; vgl. Lüchinger S. 34 ff. zu § 80 des zürcherischen Str.G.B.

45) Vgl. Hafter, Allgemeiner Teil S. 5.

dern es handelt sich auch hier bloss um Gesetzesauslegung. Obwohl dieses gesetzgeberische System zu Ungleichheiten in der Handhabung des Disziplinarrechtes führt, ist es doch wohl die einzig mögliche Lösung, alle Arten des Ordnungfehlers zu erfassen.

Der Begriff des Disziplinarfehlers, bezw. dessen Begrenzung steht objektiv nicht fest infolge der Unbestimmtheit der „militärischen Zucht und Ordnung". Der Disziplinarfehler erscheint - wie der Name selbst besagt - als disziplinwidriges Verhalten. „Disziplin" ist indessen begrifflich ebenso unbestimmt wie die „militärische Zucht und Ordnung". Das DR definiert die Disziplin als die volle körperliche und geistige Hingabe des Soldaten an seine Pflicht [46]). So richtig diese Definition vom allgemein-militärischen Gesichtspunkte aus betrachtet sein mag, ist sie doch juristisch nicht brauchbar. Der Satz „Disziplin ist Soldatenmoral" [47]) darf -- weil die Ordnungsfehler systematisch den Übertretungen anderer Strafgesetze, also strafbaren Handlungen im Sinne des allgemeinen Strafrechtes gleichzustellen sind -- zweifellos nicht dahin ausgelegt werden, dass ein Disziplinarfehler immer dann vorliege, wenn gegen die militärische Moral verstossen worden sei. Aus denselben Gründen genügt zur Annahme eines Ordnungsfehlers auch nicht eine Nichteinhaltung blosser militärischer Sitten und Gewohnheiten, soweit diese nicht durch irgend einen schriftlichen oder mündlichen Befehl im weitesten Sinne des Wortes festgelegt sind. Allerdings ist der Begriff der militärischen Zucht und Ordnung so weiter Natur, dass die Frage, ob der Tatbestand des Art. 180 MStr.G.B. überhaupt erfüllt sei, in vielen Fällen praktisch einer Ermessensfrage nahe kommt [48]). Ähnlichen Erscheinungen

---

46) DR Ziffer 28.

47) Zollinger, S. 11.

48) Daher auch kein Offizialprinzip im Disziplinarstrafrecht; vgl. unten § 5.1.

begegnen wir auch im kriegswirtschaftlichen Strafrecht: So ist z.B. die Frage, ob der in Art. 2 der Verfügung No. 1 des eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes vom 2. September 1939 über die Kosten der Lebenshaltung und den Schutz der regulären Marktversorgung [49]) vorgesehene Tatbestand der Eindeckung mit Inlandwaren über den normalen laufenden Bedarf (Hamsterei) erfüllt sei oder nicht, wenigstens praktisch vielfach Sache des freien Ermessens. Auch hier handelt es sich indessen nicht um eine Rechtsetzung der rechtsanwendenden Behörden, sondern um die Auslegung eines abstrakten gesetzlichen Begriffes.

Eine nähere Darlegung der einzelnen materiellrechtlichen Bestimmungen der Disziplinarstrafordnung erübrigt sich [50]). Mit Rücksicht auf die grundsätzliche Bedeutung der Frage erscheint es hier einzig angezeigt zu prüfen, ob und inwieweit die allgemeinen Bestimmungen des kriminellen Militärstrafrechtes auf das materielle Disziplinarrecht Anwendung finden. Diese Frage ist umso berechtigter, als das materielle Ordnungsstrafrecht -- abgesehen von den Normen des Gesetzes über die Strafen -- aus nur vier Gesetzesartikeln besteht (Art. 180 - 183 MStr.G.B.), von denen der eine Artikel (Art. 180) überdies den Disziplinarfehler umschreibt und mithin als Tatbestandsartikel nicht eigentlich zu den allgemeinen Bestimmungen des materiellen Disziplinarrechtes gezählt werden kann [51]). -- Der VE Hafter hatte in seinem Art. 140 ausdrücklich bestimmt, dass der allgemeine Teil des kriminellen Strafrechtes auch auf das Ordnungsstrafrecht Anwendung finden solle. Bereits der bundesrätliche Entwurf zu einem MStr.G.B. vom 16. November 1918 hatte auf eine entsprechende Bestimmung verzichtet mit

---

49) A.S. Bd. 55 S. 820.

50) Vgl. die ausführliche Darstellung bei Sprecher v. Bernegg.

51) Hafter, VE S. 136.

der Begründung, dass sich weitere allgemeine Normen erübrigen, weil die Einfachheit des Ordnungsfehlers und das formlose Disziplinarverfahren wohl nur selten schwierige Fragen allgemein-strafrechtlicher Natur entstehen lassen würden [52]). Die geltende Disziplinarstrafordnung hat die Regelung des bundesrätlichen Entwurfes übernommen. -- Es ist nicht die Aufgabe vorliegender Abhandlung nachzuprüfen, ob zur Erreichung einer den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen entsprechenden Anwendung des Disziplinarrechtes nicht doch der Lösung des VE Hafter der Vorrang gebührt hätte, wobei eine Erläuterung der bezüglichen allgemeinen Bestimmungen für den rechtsunkundigen Disziplinarvorgesetzten in das DR hätte aufgenommen werden können. -- Das Gesetz stellt dem „Militärstrafrecht" d.h. seinem ersten Buche, das zweite Buch betitelt „Disziplinarstrafordnung" gleichberechtigt gegenüber. Ausser den Anwendungs- und Einführungsbestimmungen des dritten Buches und den Verweisungen der Art. 182 und 193 MStr.G.B. bestehen keine gemeinsamen Vorschriften. Aus dieser gesetzlichen Anordnung des Stoffes ist ersichtlich, dass die Bestimmungen des „Militärstrafrechtes" auf das Disziplinarstrafrecht nicht Anwendung finden sollen, also auch nicht diejenigen des allgemeinen Teiles [53]). Da nun aber der Ordnungsstrafe doch die Natur einer Strafe im engeren Sinne des Wortes zukommt, bedarf das Disziplinarrecht -- ebenso wie irgend ein anderes Strafrecht -- allgemeiner Bestimmungen. Der Umstand, dass die Disziplinarstrafordnung nur sehr wenige Artikel allgemein-materiellrechtlicher Art aufstellt, kann zweifellos nicht in dem Sinne ausgelegt werden, dass der Disziplinarvorgesetzte im übrigen mangels anderer gesetzlicher Vorschriften in unumschränkter Willkür strafen dürfe; auch er darf nur im Rah-

52) Botschaft zum MStr.G.B. S. 50/51.
53) MKG II 16.

men des pflichtgemässen Ermessens die Strafgewalt ausüben. Da dem Disziplinarrecht das kriminelle Militärstrafrecht sowohl äusserlich als auch innerlich am nächsten steht, wird der Vorgesetzte nicht fehl gehen, wenn er die allgemeinen Bestimmungen des ersten Buches des MStr.G.B. als seinem freien Ermessen gesetzte Schranken betrachtet und diese allgemeinen Normen des kriminellen Rechtes bei der Ausübung seiner Disziplinarbefugnisse sinngemäss anwendet.

§ 4. Die Massnahmen des Dienstreglementes.

Sowohl die kriminellen als auch die disziplinarischen Strafen sind im MStr.G.B. abschliessend aufgezählt [54]). Es stellt sich nunmehr die Frage, ob und inwieweit die durch Vorgesetzte vielfach geübte Praxis zulässig ist, wonach in vielen Fällen nach freiem Ermessen an Stelle einer Disziplinarstrafe eine „Massnahme" tritt. Wenn die Anordnung einer derartigen Massnahme nicht ungesetzlich sein soll, so muss diese zweifellos anderer Natur sein und andere rechtliche Wirkungen zeitigen als die Ordnungsstrafe.
Das DR umschreibt die Massnahme in seiner Ziffer 40 Absatz 4 wie folgt:

> Die Kommandierung von nachlässigen oder arbeitsscheuen Leuten zu solchen dienstlichen Arbeiten, die eine Mehrbelastung bedeuten, kann oft dort eine gute erzieherische Wirkung ausüben, wo eine Strafe nicht oder noch nicht am Platze erscheint. Während der tüchtige Soldat dadurch entlastet werden kann, erkennt der nachlässige und faule, dass er sich durch sein Verhalten den Dienst verlängert und erschwert. Auch dieses Erziehungmittel muss der Einheitskommandant in der Hand behalten. Anordnung derartiger Arbeiten ohne dienstliche Notwendigkeit wirkt als Schikane und ist nicht statthaft. Anwendung dieses Verfahrens auf ganze Abteilungen ist verboten.

---

54) Art. 194 MStr.G.B.; Ziffer 38 letzter Absatz DR.

Nach dem zitierten Wortlaut kann also in jenen Fällen, wo eine Strafe nicht oder noch nicht angezeigt erscheint, eine Massnahme verfügt werden. Da das MStr.G.B. die Strafarten -- wie wir oben festgestellt haben -- abschliessend aufzählt, handelt es sich hier nicht um eine besondere Strafart, sondern um ein reines Erziehungsmittel, das allerdings -- wie die Strafe -- in der Zufügung eines Nachteils besteht gegenüber nachlässigen und faulen Leuten [55]). Als Erziehungsmittel im engeren Sinne des Wortes richtet sich die Massnahme ausschliesslich gegen die mangelhafte soldatische Gesinnung des Betreffenden und braucht daher der Tatbestand des Disziplinarfehlers im konkreten Falle nicht erfüllt zu sein. Im Gegensatz zur Disziplinarbestrafung bedarf es zur Verhängung einer Massnahme auch keiner schuldhaften Handlungsweise des Betroffenen im Sinne des MStr.G.B.

Aus dem Wortlaut der oben aufgeführten Bestimmung des DR muss geschlossen werden, dass der Disziplinarvorgesetzte, sofern er den Tatbestand des Ordnungsfehlers in einem bestimmten Falle für gegeben hält, nach freiem Ermessen darüber entscheiden kann, ob er disziplinarische Bestrafung eintreten lassen oder eine Massnahme im Sinne des DR verfügen will. Er ist es ja auch, der den engeren Disziplinartatbestand im Rahmen des Art. 180 MStr.G.B. prägt, bezw. dieser Bestimmung im konkreten Falle durch deren Auslegung die nähere Form verleiht.

Die Anwendung allgemeiner und besonderer Erziehungsmittel bleibt nun grundsätzlich nicht nur Kommandanten, d.h. Offizieren mit Strafgewalt vorbehalten, denn auch Subalternoffi-

---

55) Ziffer 40 Absatz 4 DR zählt die durch Massnahmen erfassbaren Charaktere zweifellos nicht abschliessend auf. Infolge der repressiven Natur der Massnahmen des DR sind Kollektivmassnahmen -- gleich Kollektivstrafen -- unstatthaft (DR Ziffer 40 a.E. und DR Ziffer 41 letzter Absatz).

ziere und Unteroffiziere sind sowohl Ausbildner als auch Erzieher ihrer Untergebenen. Trotzdem nun die Massnahmen des DR als Erziehungsmittel zu betrachten sind, kann denjenigen Vorgesetzten, denen das Gesetz keine Strafbefugnisse einräumt, die Anordnung solcher Massnahmen infolge ihres repressiven Charakters nicht auch zugestanden werden [56]): Der Entscheid darüber, ob im Einzelfall ein Ordnungsfehler vorliegt oder nicht, ist ausschliesslich Sache des Kommandanten, ebenso, ob und wie der Fehlbare bestraft werden soll. Diesem nur durch den Disziplinarvorgesetzten zu treffenden Entscheid darf nicht dadurch vorgegriffen werden, dass ein dem Kommandanten unterstellter Offizier oder Unteroffizier ein Strafsurrogat, d.h. eine Massnahme im Sinne des DR verfügt [57]). Ist indessen in einem konkreten Falle eine Massnahme durch einen nicht mit Strafkompetenzen ausgestatteten Vorgesetzten angeordnet worden und betrachtet der Kommandant den Vorfall, um dessentwillen die Massnahme verfügt worden war, als Ordnungsfehler, so steht es ihm natürlich frei, trotzdem Disziplinarstrafe eintreten zu lassen; desgleichen entscheidet der Kommandant nach freiem Ermessen, ob die bereits ausgestandene Massnahme bei der Strafzumessung berücksichtigt werden soll oder nicht.

Die Massnahme kann inhaltlich -- im Gegensatz zum numerus clausus der kriminellen und disziplinarischen Strafen -- irgend eine dienstliche Mehrbelastung für den Betroffenen sein. Auch hierin zeigt sich die Natur der Massnahme als blosses Erzieh-

---

56) Erscheint zur Aufrechterhaltung militärischer Zucht und Ordnung unverzügliches Handeln notwendig ohne dass der Einheitskommandant zugegen ist, dann muss allerdings auch Subalternoffizieren und Unteroffizieren vernünftigerweise das Recht zur Verhängung von Massnahmen eingeräumt werden (unter sofortiger Meldung an den Einheitskommandanten).

57) Nicht umsonst strebt das DR die Vereinigung der repressiven Gewalt in der Hand des Einheitskommandanten an (DR Ziffer 4o letzter Absatz); vgl. auch Gugger S. 63.

ungsmittel. Ohne dienstliche Notwendigkeit darf indessen keine Massnahme verhängt werden: Es wäre demnach nicht gestattet, einen Untergebenen in seiner Freizeit dazu anzuhalten von einem Brunnen Wasser in einen Bach zu tragen, wohl aber umgekehrt von einem Bach Wasser in einen ausgetrockneten Brunnen zu schaffen, wenn die Dienstpferde nur auf diese Weise getränkt werden können. Zulässig ist daher auch die Verfügung einer Strafronde gegenüber einem Kader. Ungesetzlich wäre dagegen die Anordnung eines Strafmarsches, bei welchem sich der Betroffene bei der Wache irgend einer in der Nähe einquartierten Einheit zu melden hat und hernach den Rückmarsch anzutreten hat ohne gleichzeitig als Befehlsempfänger, Meldeläufer usw. verwendet zu werden. Da Kollektivmassnahmen untersagt sind, erscheint auch die Bildung einer Arbeitsabteilung für Leute verschiedener Einheiten unstatthaft, selbst zur Erstellung eines kriegswichtigen Objektes. Der Sinn des Verbotes von Kollektivmassnahmen geht offenbar dahin, keine bleibenden oder vorübergehenden „Delinquentenabteilungen" zu schaffen. Ob die verschiedenen von ein und derselben Massnahme Betroffenen sich alle aus der gleichen Einheit rekrutieren oder nicht, ist demnach unmassgeblich. -- Die Militärgerichte haben sich in jüngster Zeit mehrfach veranlasst gesehen, in ihren Urteilserwägungen auf die Unzulässigkeit gewisser Massnahmen hinzuweisen.

Die Verhängung einer Massnahme im Sinne des DR ist somit als eine besondere militärische Verwaltungsverfügung zu betrachten, die nach freiem Ermessen durch den zuständigen Kommandanten getroffen wird im Rahmen der Vorschriften des DR und allfälliger sachbezüglicher Befehle vorgesetzter Kommandostellen. Der Kommandant wendet also das Recht an zur Erreichung eines bestimmten Verwaltungszweckes, d.h. der Vorgesetzte lässt sich bei der Verhängung einer Massnahme durch ausschliesslich verwaltungsrechtliche (nicht ma-

teriell-strafrechtliche) Grundsätze leiten. Gegen die Verfügung einer Massnahme kann daher Disziplinarbeschwerde im Sinne von Art. 208 MStr.G.B. nicht geführt werden, sondern nur die allgemeine (administrative) Beschwerde [58]).

Die Disziplinarmassnahmen sind auch dem deutschen Recht bekannt. Nach einem Entscheid des Reichsmilitärgerichtes dürfen sie indessen nur vom Einheitskommandanten und dessen Vorgesetzten verhängt werden sowie ausnahmsweise, wenn sofortiges Handeln zur Aufrechterhaltung der Disziplin notwendig erscheint, auch vom Oberfeldwebel [59]). Diesen Massnahmen kommt allerdings nicht so grosse Bedeutung zu wie denjenigen des schweizerischen Rechtes, weil die deutsche Disziplinarstrafordnung die „Dienstverrichtungen ausser der Reihe" als Disziplinarstrafen anerkennt. § 4 Absatz D der HDStr.O. zählt die verschiedenen Arten dieser ausserordentlichen Dienstverrichtungen sogar nur beispielsweise auf.

ZWEITER ABSCHNITT: PROZESSUALES

§ 5. Das Disziplinarverfahren.

Der Gesetzgeber regelt in den Artikeln 195 - 214 MStr.G.B. das Disziplinarstrafverfahren in äusserst knapper Weise, offenbar mit Rücksicht darauf, dass einmal bloss geringfügige Tatbestände und Strafen in Frage stehen, ferner im Hinblick auf die regelmässige Liquidität der Disziplinarfälle und endlich im Bestreben, der Truppe ein möglichst praktisches und formloses Verfahrensrecht ins Feld mitgeben zu können. Das DR behan-

58) Über den Unterschied zwischen Disziplinar- und Administrativ-Beschwerde vgl. Hæne S. 36; Hafter VE S. 182 ff.; DR Ziffer 48 ff. insbesondere Ziffer 52 Absatz 2 und Ziffer 57 letzter Absatz.

59) Rotermund, S. 14.

delt das Verfahren etwas ausführlicher in seinen Ziffern 38 ff., indessen mit anderen Erscheinungen des Militärrechtes zusammen, die durchaus nicht strafrechtlicher Natur sind[60]). Eine nähere Darstellung des Disziplinarverfahrens erübrigt sich, dagegen bedürfen doch im Hinblick auf das zu behandelnde Thema einige Fragen näherer Erörterung[61]):

1 Zunächst erhebt sich die Frage, ob der Offizier, dem Strafbefugnisse eingeräumt sind, beim Entdecken eines Vorfalles, den er als Ordnungsfehler betrachtet, immer und unter allen Umständen eine Disziplinaruntersuchung im Sinne von Ziffer 42 DR einzuleiten hat und bei positivem Ausgang derselben eine Disziplinarstrafe verhängen muss, m.a.W. ob im Disziplinarstrafrecht das Offizialprinzip gilt oder nicht. Der VE Hafter[62]) bejahte das Offizialprinzip auch für das Ordnungsstrafrecht, ebenso Zollinger[63]); Logoz[64]) und Sprecher v. Bernegg[65]) vertreten die gegenteilige Auffassung. Das MStr.G.B. spricht sich in dieser Hinsicht überhaupt nicht aus. -- Zur Lösung dieser Frage erscheint es angezeigt, auf den Endzweck der militärischen Rechtspflege abzustellen: Die Verfolgung und Beurteilung von Verbrechen und Vergehen erfolgt zweifellos -- wie im bürgerlichen Strafrecht -- in erster Linie zur Sühnung des begangenen Unrechtes im Sinne der absoluten Strafrechtstheorie. Im Disziplinarstrafrecht tritt nun aber offensichtlich -- wie wir bereits oben ausgeführt haben -- der Strafzweck,

60) Dies gilt insbesondere für die Regelung des Beschwerdewesens (DR Ziffer 48 ff.), wo zugleich andere Arten von Beschwerden sowie u.a. die dienstliche Unterredung normiert werden.

61) Zur Darstellung des Disziplinarverfahrens vgl. Markwalder in ASMZ 1928 S. 398 ff. und Sprecher v. Bernegg S. 84 ff.

62) VE Hafter Art. 164; Nichtbestrafung eines Ordnungsfehlers käme demnach einer Dienstverletzung gleich.

63) Zollinger, S. 36 (betrifft altes MStr.G.B.).

64) Z. 1918 S. 56.

65) Sprecher v. Bernegg S. 46.

nämlich Zucht und Ordnung in der Armee aufrecht zu erhalten, in erhöhtem Masse hervor. Zutreffend führt Zollinger aus, dass die Disziplinarstrafe der Aufrechterhaltung von Rechtsordnung und Disziplin im Heere diene [66]). Das DR bezeichnet in Ziffer 38 die Disziplinarstrafgewalt ausdrücklich als Hilfsmittel bei der Schaffung der Disziplin. -- Obwohl die Ordnungsstrafe zweifellos Strafe im technischen Sinne des Wortes ist, d.h. Zufügung eines Übels infolge schuldhafter Erfüllung eines gesetzlich bestimmten Tatbestandes [67]), so dient sie doch zugleich in vielen Fällen der Erziehung des Fehlbaren, ist somit Erziehungsmittel im weiteren Sinne des Wortes. Aus diesem Grunde behandelt das DR das Ordnungsstrafrecht auch in seinem Abschnitt über die Soldatenerziehung (DR Ziffer 27 ff). Die Auswahl der einzelnen Erziehungsmittel muss nun aber zweifellos dem für die Erziehung der Truppe in erster Linie verantwortlichen Vorgesetzten, also dem Einheits- bezw. Stabskommandanten vorbehalten bleiben. Nicht eine gesetzliche Vorschrift, sondern nur der Kommandant persönlich ist in der Lage, in jedem einzelnen Falle das zweckentsprechende und angemessene Erziehungsmittel zu bestimmen [68]). Wenn somit in einem konkreten Fall der Tatbestand des Art. 180 MStr.G.B. erfüllt ist, dann muss es dem Kommandanten freistehen, entweder eine Disziplinarstrafe auszusprechen, eine Massnahme zu verhängen oder aber bloss den fehlbaren Untergebenen zu belehren bezw. zu ermahnen. Die Auswahl dieser verschiedenen Möglichkeiten hat sich sinngemäss weniger nach den objek-

---

66) Zollinger, S. 24.

67) Im Gegensatz zur Massnahme des DR, die -- obwohl repressiv -- Erziehungsmittel auch im engeren Sinne des Wortes ist und der Tatbestand des Art. 180 MStr.G.B. daher nicht erfüllt zu sein braucht; (weder objektiv noch subjektiv).

68) Das DR weist ausdrücklich darauf hin, dass die Disziplinarstrafe nur ein Mittel zur Erziehung, bezw. zur Schaffung und Erhaltung der Disziplin darstelle (DR Ziffer 40 Absatz 2).

tiven Verumständungen des einzelnen Falles zu richten, als vielmehr nach den subjektiven Momenten, die beim Täter vorliegen (Ausbildungsstand, Charakter und Intelligenzgrad). -- Die Notwendigkeit der Ablehnung des Offizialprinzipes im Disziplinarstrafrecht ergibt sich übrigens schon aus rein praktischen Erwägungen: Die Verstösse gegen militärische Zucht und Ordnung treten nicht bloss in ganz verschiedenen Formen auf, sondern es sind ungezählte Gradabstufungen bezüglich der Schwere der Übertretung möglich, weil die Grenzen des Begriffes der „militärischen Zucht und Ordnung" nicht in allgemein gültiger Weise zum voraus genau festgelegt werden können. Da nun nur dem Kommandanten allein die Entscheidungsbefugnis darüber zukommt, ob im Einzelfalle ein Disziplinarfehler vorliege oder nicht, jedoch der Kommandant zumal im Felddienst nur äusserst selten das Tun und Lassen seiner sämtlichen Untergebenen persönlich überwachen kann, so müsste im Falle der Bejahung des Offizialprinzipes allen unterstellten Kadern der Befehl erteilt werden, jedes irgendwie nur im geringsten zu beanstandende Verhalten ihrer eigenen Untergebenen dem Kommandanten zu melden, der dann gestützt auf Art. 203 MStr.G.B. eine Untersuchung einzuleiten hätte um sich nicht einer Dienstverletzung schuldig zu machen. Es hätte dies nicht bloss eine nicht zu rechtfertigende Inanspruchnahme des Kommandanten zur Folge, sondern dieses einem Polizeistaate entsprechende System würde sich ohne Zweifel auf Ausbildung und Erziehung der Truppe nachteilig auswirken, sofern es überhaupt durchgeführt werden könnte. Qualifiziert sich ein bestimmtes Tun oder Lassen eines Untergebenen im Sinne von Art. 180 MStr.G.B. als blosse Widerhandlung gegen militärische Zucht und Ordnung, dann hat der Disziplinarvorgesetzte diesem abstrakten gesetzlichen Begriff durch sinnvolle Auslegung selbst die nähere konkrete Gestalt zu verleihen. Dem Offizialprinzip käme in diesen Fällen da-

her praktisch ohnedies nur geringe Bedeutung zu. -- Das Offizialprinzip ist demnach im Disziplinarstrafrecht abzulehnen [69]).
Auch nach deutschem Recht ist es dem Disziplinarvorgesetzten anheimgestellt, ob er bestrafen will oder nicht; er hat diesen Entscheid indessen „nach pflichtgemässem Ermessen" zu treffen [70]).

2 In zweiter Linie stellt sich die Frage, welche prozessualen Wirkungen einem durch den zuständigen Kommandanten ausgefällten Disziplinarentscheid zukommt. Obwohl durch die Disziplinarstrafverfügung eine Strafe im technischen Sinne des Wortes ausgesprochen wird, was erst nach Durchführung eines bestimmten, wenn auch äusserst einfachen Verfahrens erfolgen darf, kommt dem Disziplinarentscheid des Kommandanten nach dem MStr.G.B. doch nur die formelle, nicht auch die materielle Rechtskraft zu [71]). Das Gesetz erwähnt allerdings nur die Änderungsbefugnis der Vorgesetzten des Strafenden, nicht auch diejenige des Strafenden selbst (Art. 207 MStr.G.B.). Aus den bezüglichen national- und ständerätlichen Verhandlungen geht indessen hervor, dass absichtlich ein Verbot der Strafänderung durch den Strafenden selbst nicht in das Gesetz aufgenommen worden ist, um dem Disziplinarvorgesetzten eine Korrektur unterlaufener Irrtümer zu ermöglichen [72]). Jeder Disziplinarentscheid darf somit sofort nach sei-

69) Vgl. aber unten § 17 I a.

70) HDStr.O. § 2 und die bezügliche offizielle Anmerkung; Rotermund S.10.

71) Hæne S. 48 vertritt mit Rücksicht auf Ziffer 43 des alten DR die Auffassung, dass der Disziplinarstrafverfügung auch die materielle Rechtskraft zukommt; Steiger S. 16 vertritt -- offenbar ebenfalls mit Bezug auf das alte MStr.G.B. -- die gegenteilige Auffassung.

72) Der VE Hafter (S. 182) und Art. 205 des bundesrätlichen Entwurfes, (vgl. auch Botschaft zum MStr.G.B. S. 59) standen jedoch auf dem Standpunkt, dass einzig der Vorgesetzte des Strafenden eine Disziplinarstrafe nachträglich abändern oder aufheben dürfe, ebenso Lo-

ner Eröffnung vollstreckt werden [73]), kann aber sowohl durch den Strafenden selbst, als auch durch einen Vorgesetzten des Strafenden [74]) in günstigem oder ungünstigem Sinne für den Fehlbaren abgeändert werden [75]). Der unmittelbare Vorgesetzte des Strafenden kann demnach die ausgesprochene Strafe modifizieren oder aufheben ohne durch Disziplinarbeschwerde des Bestraften darum ersucht worden zu sein [76]). Eine Strafänderung, insbesondere auch eine solche zum Nachteil des Bestraften verstösst daher nicht gegen das Verbot mehrfacher Bestrafung (DR Ziffer 41 Absatz 6), solange es sich bloss um eine zulässige Änderung des Strafmasses handelt.
Nach deutschem Recht kann eine Ordnungsstrafe durch den Strafenden selbst nachträglich nicht mehr abgeändert werden, wohl aber aus besonderen Gründen durch den Vorgesetzten des Strafenden (§ 35 HDStr.O.).

3 Das Disziplinarstrafverfahren kennt keinen dem militärgerichtlichen Freispruch vergleichbaren formellen Verfahrensabschluss. Wenn der Vorgesetzte daher aus irgend einem Grunde eine Bestrafung nicht eintreten lassen darf oder will, so hat die in Disziplinaruntersuchung gezogene Person -- entgegen den militärgerichtlichen Verfahrensvorschriften, soweit Anklage erhoben worden ist [77]) -- keinen Anspruch auf

goz in Z. 1918 S. 57; vgl. demgegenüber Sten. B. des Ständerates 1922 S. 29/30 und des Nationalrates 1925 S. 804/805.

73) Der Disziplinarbeschwerde kommt grundsätzlich kein Suspensiveffekt zu (Art. 211 Absatz 1 MStr.G.B.).

74) Die Abänderungsbefugnis steht nicht nur dem unmittelbaren Vorgesetzten des Strafenden zu.

75) Über die Frist, binnen welcher eine Strafänderung zulässig sein kann vgl. unten § 17 I b und c.

76) Aber auch wenn der Vorgesetzte des Strafenden auf Grund einer Disziplinarbeschwerde tätig wird, kann die Strafe erhöht werden, mangels Bestehen eines Verbotes der reformatio in peius; vgl. auch Hæne S. 111.

77) Stooss, S. 99.

einen formellen freisprechenden Entscheid. Ein derartiges „Erkenntnis" wäre für den Betreffenden auch von zweifelhaftem Wert, da der Vorgesetzte, solange die Verjährung noch nicht eingetreten ist, auf seine Verfügung ja wiederum zurückkommen kann.

4 Endlich stellt sich die grundsätzliche Frage, ob mit Rücksicht auf die geringe Zahl der verfahrensrechtlichen Vorschriften in der Disziplinarstrafordnung nicht gewisse allgemeine Bestimmungen oder Grundsätze der MStr.G.O. im Disziplinarverfahren als subsidiäres Recht Anwendung zu finden haben [78]). Diese Frage ist nun zweifellos zu verneinen. Der Gesetzgeber hat offenbar bewusst jeden direkten oder indirekten Hinweis, der eine subsidiäre Anwendung irgendwelcher Bestimmungen der MStr.G.O. erlauben würde, grundsätzlich unterlassen [79]). Im Hinblick auf die Natur des formellen Disziplinarrechtes bedarf es keines Beizuges von Normen, die für das Verfahren in kriminellen Strafsachen Anwendung finden. Die Disziplinarentscheide der Truppenkommandanten sind -- vom prozessualen Standpunkt aus betrachtet -- Verwaltungsverfügungen [80]).

§ 6. Das Gerichtsverfahren.

Die nähere Darstellung des militärgerichtlichen Verfahrens -- soweit den Leichten Fall betreffend -- wird Aufgabe des zweiten Teiles vorliegender Arbeit sein. Es sind an dieser Stelle einzig gewisse Beziehungen zwischen gerichtlichem und disziplinarischem Verfahren zu erörtern.

78) Z. B. die Bestimmungen über die Rechtshülfe (Art. 36 ff MStr.G.O.), die Ausschliessung und Ablehnung von Gerichtspersonen (Art. 52 ff.), die Protokolle und Akten der Militärgerichte (Art. 58 ff.) usw.

79) Hafter VE S. 178; Botschaft zum MStr.G.B. S. 58.

80) Logoz in Z. 1918 S. 57.

1 Im Gegensatz zu den Disziplinarentscheiden der Truppenkommandanten kommt den Urteilen der Militärgerichte auch dann die materielle Rechtskraft zu, wenn das Gericht eine Ordnungsstrafe ausspricht oder den Fall dem zuständigen militärischen Vorgesetzten zur disziplinarischen Behandlung überweist[81]). Das Fehlen der materiellen Rechtskraft bei einer Disziplinarverfügung des militärischen Vorgesetzten hat zur Folge, dass ein disziplinarisch Bestrafter einem wegen der gleichen Sache eingeleiteten militärgerichtlichen Verfahren gegenüber -- ebenso wie einem erneuten Disziplinarverfahren gegenüber, das nur eine Änderung des Strafmasses bezweckt -- die Einrede der beurteilten Sache nicht entgegensetzen kann, selbst wenn die fragliche Disziplinarstrafe bereits vollzogen worden ist[82]). Dieser Regelung steht Ziffer 41 Absatz 6 des DR, die den Grundsatz ne bis in idem ausspricht, nicht entgegen, da diese Bestimmung nur das Verbot erneuter Bestrafung durch einen Disziplinarvorgesetzten aufstellt. Die Vorschriften des DR können übrigens infolge ihrer verwaltungsrechtlichen Natur die klaren Vorschriften oder den Sinn des MStr.G.B. nicht derogieren; die Militärgerichte sind, soweit sie als richterliche Behörden tätig sind, an blosse Verwaltungsverordnungen nicht gebunden.

Hat hingegen umgekehrt ein militärgerichtliches Verfahren durch Urteil seinen Abschluss gefunden, so darf in derselben Sache nicht noch eine Disziplinarverfügung durch einen Truppenkommandanten getroffen werden (Art. 160 a Absatz 4 und Art. 161 B Ziffer 3 Absatz 2 MStr.G.O., ebenso DR Ziffer 41 Absatz 6). Vorbehalten bleibt indessen der äusserst seltene Fall, dass das Militärgericht den Angeklagten freispricht, ihn

---

81) Dies gilt wenigstens bezüglich des Freispruches.

82) MKG III 63, 100, 107; MKG in SEM S. 66; Stooss S. 118; ebenso HDStr.O. § 34.

aber seinem Truppenkommandanten zur disziplinarischen Beurteilung überweist (Art. 161 B Ziffer 3 Absatz 1 MStr.G.O.).

2 Ähnlich wie mit der Einrede der beurteilten Sache verhält es sich mit der Einrede der rechtshängigen Sache. Obwohl weder die MStr.G.O. noch das MStr.G.B. mit Bezug auf das Disziplinarstrafverfahren den Begriff der Rechtshängigkeit ausdrücklich erwähnt[83]), müsste diese Einrede doch gehört werden, schon deshalb, um die Möglichkeit einer doppelten Bestrafung zum vorneherein auszuschalten. Indessen könnte die Einrede der rechtshängigen Sache in einem militärgerichtlichen Verfahren im Hinblick auf ein pendentes Disziplinarverfahren durch den Beschuldigten ebensowenig wie die Einrede der res iudicata geltend gemacht werden, wohl aber könnte die Einrede der Litispendenz gegen ein Disziplinarverfahren erhoben werden mit Rücksicht auf ein bereits hängiges Militärgerichtsverfahren[84]). Es darf somit für das gleiche konkrete Delikt gleichzeitig niemals mehr als ein einziges (gerichtliches oder disziplinarisches) Verfahren durchgeführt werden und gebührt in jedem Falle dem militärgerichtlichen Verfahren der Vorrang vor dem Ordnungsstrafverfahren.

3 Ob ein bestimmter Straffall durch das bürgerliche Gericht oder aber durch das Militärgericht, bezw. durch den betreffenden Kommandanten beurteilt werden soll, ist eine Frage der sachlichen Zuständigkeit, mithin Prozessvoraussetzung[85]). Untersteht jedoch ein konkreter Fall der militärischen Beurteilung, dann hat zunächst nur der Disziplinarvorgesetzte allein die für das weitere Verfahren massgebende Frage abzuklären, ob die Sache in den Rahmen der Strafbefugnis der

83) Vgl. aber Art. 183 Ziffer 1 Absatz 2 MStr.G.B.; Stooss S. 118.
84) MKG in SEM S. 66.
85) Art. 142 MStr.G.O.; Stooss S. 117/119.

militärischen Kommandostellen oder aber in die ausschliessliche Kompetenz der Militärgerichte fällt. Nur den Militärgerichten steht eine umfassende Kognition aller militärischen Straffälle zu (Art. 160 a und 161 MStr.G.O. sowie Art. 180 und 195 M Str.G.B. sowie Ziffer 43 DR). Die Beantwortung der genannten Frage richtet sich nach dem Ergebnis einer vorgängigen provisorischen Überprüfung der materiellen Verumständungen durch den zuständigen Kommandanten. Diesem prozessrechtlichen Entscheid kommt aber nicht jene absolute an die Instanz unter allen Umständen bindende Wirkung zu, wie dies bei einer Disziplinarabwandlungsverfügung des Oberauditors oder einem Zuständigkeitsentscheid des Militärgerichtes zutrifft: Bejaht der militärische Vorgesetzte seine eigene Zuständigkeit, so kann doch vor oder nach Erlass seiner Disziplinarverfügung wegen der gleichen Sache ein militärgerichtliches Verfahren nachfolgen; verneint der betreffende Kommandant dagegen seine Zuständigkeit und übergibt den Fall der Militärjustiz zur Beurteilung, so kann doch die Zuständigkeit der militärischen Kommandostellen begründet werden zunächst durch Verfügung des Oberauditors (Art. 122 Absatz 2 und Art. 123 Ziffer 2 MStr.G.O.), dann aber auch durch gerichtliche Freisprechung unter Überweisung des Falles an den zuständigen militärischen Vorgesetzten zur Beurteilung (Art. 161 B Ziffer 3 MStr.G.O.). Wurde Anklage erhoben, dann ist die Frage, ob die militärische Kommandostelle oder aber das Militärgericht zur Beurteilung des Falles zuständig sei, von einer eingehenden materiellrechtlichen Kognition des Gerichtes abhängig. Nach der Auffassung des Militärkassationsgerichtes kann daher in einem gerichtlichen Verfahren auf die vorfrageweise Einrede, das Vergehen sei nur disziplinarisch strafbar, überhaupt nicht eingetreten werden mangels Vorliegen einer Zuständigkeitsfrage [86]). Das betreffende Urteil stammt

86) MKG I 136.

aus dem Jahre 1922; da die Militärgerichte auf Grund des neuen MStr.G.B. Disziplinarstrafen nach vorgängiger Freisprechung des Angeklagten selbst verhängen dürfen, könnte heute schon aus diesem Grunde die genannte Prozesseinrede nicht mehr geltend gemacht werden. Mit Rücksicht auf die frühere gesetzliche Regelung aber, die disziplinarische Bestrafung durch das Militärgericht nicht zuliess, handelte es sich u. E. doch um eine Zuständigkeitsfrage, die indessen weder vorfrageweise geltend gemacht werden noch als solche einen Kassationsgrund bilden konnte [87]).

87) Art. 188 Ziffer 3 MStr.G.O. ist offensichtlich nur dann gegeben, wenn das bürgerliche Gericht, nicht auch der militärische Vorgesetzte zur Beurteilung zuständig gewesen wäre.

DER LEICHTE FALL

ERSTER ABSCHNITT: DIE REGELUNG BIS ZUM JAHRE 1927.

Bevor zur Darstellung des geltenden Militärstrafgesetzes übergegangen wird erscheint es angezeigt, zunächst die grundsätzliche Regelung des leichten Falles im alten Militärstrafrecht einer Prüfung zu unterziehen. Der vorliegende Abschnitt verfolgt indessen nicht den Zweck einer historischen Einführung und soll im allgemeinen auch nur die unmittelbar vor Inkrafttreten des neuen MStr.G.B. geltende Regelung erfassen. Dem leichten Fall kommt sowohl materielle als auch prozessuale Bedeutung zu. Da sich das heutige materielle Recht mit Bezug auf die Normierung des leichten Falles eng an die frühere Gesetzgebung anlehnt und das neue MStr.G.B. die bereits im Jahre 1889 in Kraft getretene MStr.G.O. nur unwesentlich abgeändert hat, kann der damaligen Gerichtspraxis auch für die jetzige Justizpflege noch eine gewisse Bedeutung beigemessen werden. Insoweit sich die bis Ende 1927 geschaffene Praxis auf den leichten Fall bezieht, wird später zu prüfen sein, ob und inwieweit gewissen Entscheiden und Erlassen grundsätzlicher Natur heute noch Geltung zukommt.

§ 7. Die materiellrechtliche Normierung.

Das Bundesgesetz über die Strafrechtspflege für die eidgenössischen Truppen vom 27. August 1851 [1]) wird in der Literatur übereinstimmend als blosse Überarbeitung des Militärstrafge-

1) Eidg. Ges. Sammlung Bd. 2 S. 606 ff.

setzbuches vom Jahre 1837 bezeichnet [2]), welches Gesetz seinerseits wiederum den berühmten und gleichzeitig berüchtigten „Code pénal militaire pour les régiments Suisses" vom Jahre 1816 des Freiburgers Nikolaus von Gady [3]) zum Vorbild genommen hatte. Dieses für gut ausgebildete stehende Truppen in fremden Diensten verfasste Militärstrafrecht eignete sich aber für ein uneinheitliches Milizheer, dessen Ausbildung zum grossen Teil gemeindeweise an Sonntagen durch den Trüllmeister erfolgte, sehr schlecht. Dem MStr.G.B. von 1851, das in drei Teilen das materielle Recht, die Gerichtsorganisation und das Verfahren normierte, wurde daher sowohl hinsichtlich des materiellrechtlichen Inhaltes als auch mit Bezug auf den Prozessgang wenig Gutes nachgerühmt. Die auf den Kodex Nikolaus von Gadys zurückgehenden hohen Strafminima wurden für schweizerische Verhältnisse als viel zu hoch empfunden und die Umgestaltung des Kriegsgerichtes in ein Geschworenengericht, dem nicht weniger als dreissig Gerichtspersonen angehörten, führte zu einer wesentlichen Erschwerung und Verlangsamung des Verfahrens. Das materielle Recht war für Kriegszeiten bestimmt, der Rechtsgang dagegen war einzig in Friedenszeiten praktisch denkbar und führte auch dann noch zu Unzuträglichkeiten [4]). Durch eine Reihe von einzelnen Erlassen und durch die Praxis wurden in der Folge verschiedene Nachteile der gesetzlichen Regelung behoben [5]). Trotzdem

2) Vgl. zur Entstehungsgeschichte des alten MStr.G.B.: Stooss S. XIII; Hilty, Grundzüge; Trüssel in Z. 1937 S. 131 ff.; Hammer S. 25 und Schneider.

3) Nikolaus v. Gady (1766-1840); Kdt. der damaligen ersten Schweizerdivision und französischer Feldmarschall. Vgl. die Wiedergabe eines Urteils, das im Jahre 1827 in Paris unter der Herrschaft dieses äusserst drakonischen Strafkodexes ausgefällt wurde bei Schneider S. 29.

4) Botschaft zum Entwurf eines MStr.G.B. vom 30.5.1884; Henrici in ASMZ 1928 S. 138 ff.; Sten.B. des Ständerates 1921 S. 169 und 176 sowie des Nationalrates 1924 S. 599 ff.

5) Insbesondere MStr.G.O. vom 28.6.1889; BG vom 23.6.1904 betr. die

konnte sich die Militärjustiz in jener Zeit nur geringer Popularität erfreuen und traten mit dem Kriegsausbruch im Jahre 1914 die Unbilligkeiten und Härten des MStr.G.B. besonders schroff zu Tage. Dieser Umstand gab denn auch den äussern Anlass zur Einreichung des sozialdemokratischen Volksbegehrens auf Partialrevision der Bundesverfassung im Sommer 1916, das auf Aufhebung des materiellen Militärstrafrechtes zwar nicht abzielte, wohl aber auf Abschaffung der Militärjustiz [6]). Obwohl diese später in der Volksabstimmung vom 30. Januar 1921 verworfene Initiative das materielle Recht nicht direkt berührte, so vermochte sie doch -- im Verein mit den während der vierjährigen Aktivdienstzeit gesammelten Erfahrungen -- die Anhandnahme der Vorarbeiten für ein neues MStr.G.B. wesentlich zu beschleunigen. Es erübrigt sich an dieser Stelle auf die Vorgeschichte des Gesetzes vom Jahre 1927 näher einzutreten [7]).

Das MStr.G.B. von 1851 teilt die strafbaren Handlungen in zwei Kategorien ein, nämlich einerseits in die Verbrechen (Vergehen) [8]), die im ersten Teil des Gesetzes zur Darstellung gelangen, anderseits in die Disziplin- oder Ordnungsfehler [9]), die Inhalt des zweiten Teiles bilden. Sowohl der erste als auch der zweite Teil des Gesetzes stellen grundsätzlich in sich abgeschlossene Rechtsgebiete dar; insbesondere fehlen Bestimmungen, die in allgemeiner Art und Weise die subsidiäre An-

---

Ergänzung des MStr.G.B.; vgl. auch die im SMA S. 561 ff. zitierten Erlasse.

6) Huber in ASMZ 1917 Nr. 33.

7) Vgl. Botschaft zum MStr.G.B. S. 3 ff.

8) Das Gesetz führt indessen nicht aus, worin der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen besteht; ebensowenig das BG über das Bundesstrafrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 4.2.1853 (vgl. dessen Art. 2).

9) Nach dem Sinne des Gesetzes sind die beiden Begriffe offenbar gleichbedeutend.

wendbarkeit des andern Teiles vorsehen [10]). Das erste Buch betreffend die Verbrechen und Vergehen enthält nur materielles Recht, das zweite Buch über die Ordnungsfehler umfasst neben den materiellrechtlichen zugleich die Bestimmungen über das Disziplinarverfahren.

a. Der allgemeine Teil des Gesetzes kennt keine Norm, die ausdrücklich erlauben würde, aus bestimmten Gründen an Stelle einer kriminellen Strafe eine blosse Ordnungsstrafe zu verhängen. Art. 18 (Ausmessung der Strafe für den Versuch) bestimmt zwar u. a.: „Je mehr der Verbrecher durch bessere Überzeugung, nicht durch äusseres Hindernis oder Zufall, geleitet wurde und je früher er von der verbrecherischen Handlung abgelassen hat, desto mehr mag die Strafe gemildert werden und selbst gänzliche Straflosigkeit eintreten." Der Richter hat somit die Möglichkeit von einer Bestrafung überhaupt abzusehen; es besteht aber nichtsdestoweniger keinerlei gesetzliche Grundlage, wegen Vorliegen eines blossen Versuches eine Disziplinarstrafe auszusprechen: Da die Ordnungsstrafen ihrer besonderen Natur entsprechend nicht als leichtere Erscheinungsformen ein und desselben Strafensystems betrachtet werden können, sondern ein grundsätzlicher Unterschied zwischen Kriminal- und Disziplinarstrafe besteht, darf aus dem zitierten Wortlaut des Gesetzes nicht geschlossen werden, dass wenn der Richter bis zur Straflosererklärung hinabgehen könne, er auch a priori die Möglichkeit habe, disziplinarische Bestrafung eintreten zu lassen [11]). Diese gesetzliche Regelung schliesst

10) Der Einleitungstitel zum MStr.G.B. von 1851 (Art. 1-3), der gemeinsam für den 1. und 2. Teil des Gesetzes galt, wurde durch die MStr.G.O. aufgehoben.

11) Vgl. Steiger, S. 114, der den Versuch mit Bezug auf das alte MStr. G.B. nicht mit den Strafmilderungsgründen, d.h. mit der modernen Lehre über die Strafzumessung in Verbindung bringt, sondern als eine besondere Art der Strafausdehnung betrachtet.

nicht aus, dass bei Vorliegen eines Versuches dennoch eine Ordnungsstrafe Platz greifen kann, nämlich dann, wenn der betreffende Artikel des speziellen Teils des Gesetzes eine disziplinarische Bestrafung zulässt. Da aber in diesen Fällen -- wie anschliessend dargelegt wird -- die disziplinarische Bestrafung nur durch den betreffenden Truppenkommandanten nach vorheriger gerichtlicher Freisprechung des Angeklagten erfolgen darf, ist eine gerichtliche Verurteilung zu einer Ordnungsstrafe, d.h. eine sogenannte kriminelle Disziplinarstrafe beim Versuch schlechterdings ausgeschlossen.

b. Der besondere Teil des Gesetzes sieht nun in einer ganzen Reihe von kriminellen Tatbeständen die Möglichkeit bloss disziplinarischer Bestrafung vor und zwar entweder bei Vorliegen ganz bestimmter Tatbestandsmerkmale (z.B. bei Begehung des Deliktes im Instruktionsdienst statt im aktiven Dienst [12])) oder aber ganz allgemein, wenn der konkrete Fall leichter Natur ist, wobei das Gesetz nicht bestimmt, ob das begangene Delikt in subjektiver, in objektiver oder in beider Hinsicht geringfügig sein muss („in weniger wichtigen Fällen"; „in unbedeutenden Fällen"; „in ganz geringfügigen Fällen" usw. [13])). Im ersten Fall legt der Gesetzgeber generell die Voraussetzung disziplinarischer Bestrafung fest durch Schaffung eines bestimmten privilegierten Tatbestandes; im zweiten Fall ist es der Richter, der nach freiem Ermessen zu entscheiden hat, ob sich die Tat als „leicht" qualifiziert und demnach Ordnungsstrafe eintreten soll [14]). Ist es in einem konkreten Falle dem Richter anheimgestellt zu befinden, ob der Fall schwerer

12) Z.B. Art. 78 lit. c und nach der Verordnung betr. Abänderung gewisser Bestimmungen des MStr.G.B. vom 27.8.1851 für die Dauer des gegenwärtigen aktiven Dienstes vom 12.1o.1915 auch Art. 78 lit.b, jedoch nurbei Vorliegen mildernder Umstände (SMA S. 561).

13) Z.B. Art. 62 Absatz 2.

14) Eugster S. 99.

oder leichter Natur sei, so ist er bei gewissen Tatbeständen verpflichtet disziplinarische Strafe zu verhängen, wenn er einen solchen leichten Fall annimmt [15]). Bei anderen gesetzlichen Tatbeständen [16]) jedoch steht es dem Richter frei, in geringfügigen Fällen disziplinarische oder kriminelle Strafe eintreten zu lassen. Es wird erst später bei der Darstellung des geltenden Rechtes zu prüfen sein, ob ein leichter Fall im technischen Sinne des Wortes überhaupt denkbar ist, wenn der Richter einen konkreten Fall zwar als „geringfügig" bezeichnet, trotzdem aber auf kriminelle Strafe erkennt.

c. Art. 166 MStr.G.B. umschreibt den Disziplinar- oder Ordnungsfehler in dem Sinne, dass unter diesen Begriff alle Handlungen oder Unterlassungen fallen sollen, welche „den allgemeinen Vorschriften, den Befehlen der Vorgesetzten oder der militärischen Ordnung überhaupt zuwiderlaufen" [17]). Dieser allgemeinen Definition folgt im gleichen Artikel eine nichtabschliessende [18]) beispielsweise Aufzählung von nicht weniger als neunundzwanzig Tatbeständen. Alle diese einzelnen Tatbestände stellen leichtere Formen gewisser im ersten Teil des Gesetzes aufgeführter Verbrechens (Vergehens-) - Tatbestände dar und wird daher auch ausnahmslos auf die entsprechenden Artikel des ersten Buches verwiesen. Diese gesetzlichen Bestimmungen, auf die durch Art. 166 MStr.G.B. Bezug genommen wird, sind nun nicht ausschliesslich mit denjenigen kriminellen Tatbeständen identisch, die in „geringfügigen Fällen" disziplinarische Bestrafung vorsehen und ihrerseits auf einen der neunundzwanzig Einzeltatbestände verweisen: Ziffer 2o des Art. 166 (unbedeutende Eigentumsschädigungen und Entwen-

15) Z.B. Art. 87.
16) Z.B. Art. 165 Absatz 2.
17) Eugster S. 96 ff.
18) Vgl. Art. 166 Alinea 1: „ . . . . , insbesondere aber . . . " (folgen die 29 Einzeltatbestände).

dungen) verweist z. B. auf die Art. 130 und 131 (Eigentumsschädigungen und -verheerungen bezw. Diebstahl), die aber eine disziplinarische Bestrafung in leichten Fällen gar nicht vorsehen. Anderseits kennt das Gesetz kriminelle Tatbestände, die eine disziplinarische Ahndung in geringfügigen Fällen zulassen, jedoch nicht auf Art. 166 verweisen und ein entsprechender Einzeltatbestand in diesem Artikel auch gar nicht besteht: Art. 75 (Nichtvollziehen eines freiwillig übernommenen militärischen Dienstauftrages) ermöglicht disziplinarische Bestrafung, verweist indessen nicht auf das zweite Buch des Gesetzes und sieht Art. 166 auch keinen analogen disziplinarischen Tatbestand vor [19]). -- Die verschiedenartige gesetzgeberische Behandlung des leichten Falles bezweckt nun aber kaum, grundsätzliche Unterscheidungen bezw. verschiedene Arten von leichten Fällen aufzustellen, sondern beruht offenbar vielmehr auf mangelhafter ungleichmässiger Gesetzesredaktion. Art. 166 M Str.G.B. zählt die einzelnen Tatbestände von Ordnungsfehlern ja auch gar nicht abschliessend auf. Es ist demnach theoretisch und praktisch wohl dasselbe, ob die disziplinarische Strafandrohung bei einem bestimmten Tatbestand nur im ersten oder nur im zweiten Teil des Gesetzes oder aber in beiden zugleich vorgesehen ist.

Das Gesetz kennt keine Bestimmung allgemeiner Natur, die die subsidiäre Stellung des Disziplinarrechtes gegenüber dem kriminellen Recht ausdrücklich normieren würde. Die Auffassung, dass bei Begehung einer der militärischen Rechtsprechung unterliegenden Widerhandlung zunächst zu prüfen ist, ob ein krimineller Tatbestand erfüllt sei oder nicht, entspricht aber zweifellos dem Willen des Gesetzgebers und geht aus dem

---

19) Es gibt jedoch auch Tatbestände, die disziplinarische Ahndung zulassen und ebenfalls nicht auf das Disziplinarrecht verweisen, obwohl dort ein analoger Tatbestand mit entsprechender Rückweisung vorgesehen ist; z.B. Art. 88 einerseits, Art. 166 Ziffer 26 anderseits.

Sinne des Gesetzes unzweideutig hervor: Disziplinarische Bestrafung wegen eines begangenen Ordnungsfehlers oder eines leichten Falles darf nur dann eintreten, wenn der Fall nicht kriminell zu bestrafen ist; ein reiner Ordnungsfehler liegt nur dann vor, wenn nicht ein krimineller Tatbestand in der Form eines schweren oder leichten Falles erfüllt ist [20]).

Das Disziplinarrecht enthält keinerlei Bestimmungen über das Verschulden, womit offenbar gesagt sein soll, dass mit Rücksicht auf die Geringfügigkeit der Widerhandlungen und der angedrohten Strafen der Nachweis eines Verschuldens im konkreten Fall nicht Voraussetzung einer Disziplinarbestrafung sein soll. Es kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber den Satz „keine Strafe ohne Schuld" im Gesetze aufzustellen vergessen hat, da ja nach seinerzeitiger Auffassung auch in den bürgerlichen Strafgesetzen für die Ahndung von Übertretungen -- im Gegensatz zu den Verbrechen und Vergehen -- der Nachweis eines Verschuldens nicht erforderlich war [21]). Da nun das MStr.G.B. keinen begrifflichen Unterschied zwischen reinem Ordnungsfehler und leichtem Fall macht, sondern Art. 166 die leichten Fälle vielmehr gerade als Beispiele für Ordnungsfehler aufzählt, muss angenommen werden, dass die allgemeinen Bestimmungen des kriminellen Strafrechtes auf die leichten Fälle keine Anwendung mehr zu finden haben und somit auch ohne Verschulden (disziplinarische) Bestrafung eintreten darf.

Aus demselben Grunde unterliegen die leichten Fälle den Verjährungsbestimmungen der Art. 38 und 39 nicht. Das Fehlen von Verjährungsbestimmungen im Disziplinarstrafrecht, denen die reinen Ordnungsfehler und die leichten Fälle unterworfen sein sollten, ist offensichtlich auf ein Versehen des Gesetz-

---

20) Vgl. den Wortlaut des Gesetzes in Art. 166 Ziffer 1, 4, 9, 15, 27.

21) Vgl. z.B. im bernischen Strafrecht: Ältere Praxis ZBJV 46 S. 455 und 49 S. 168, neuere Praxis ZBJV 60 S. 238.

gebers zurückzuführen. Weitere Ausführungen in dieser Hinsicht erübrigen sich, da solche zur Darstellung des leichten Falles unnötig sind und heute nur mehr von historischem Interesse wären [22]).

§ 8. Die verfahrensrechtliche Normierung.

Art. 3 der MStr.G.O. bestimmt, dass die Militärgerichte nur die Verbrechen und Vergehen, die militärischen Vorgesetzten dagegen nur die Ordnungsfehler zu beurteilen haben. Die MStr. G.O. enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Behandlung des leichten Falles und ist insbesondere nicht normiert, ob das Militärgericht bei Vorliegen eines geringfügigen Falles den Täter selbst zu einer Disziplinarstrafe zu verurteilen hat oder ob der Angeklagte freizusprechen ist unter Überweisung der Angelegenheit zur disziplinarischen Bestrafung an den zuständigen militärischen Vorgesetzten. Die Möglichkeit, den Angeklagten freizusprechen und -- an Stelle des Kommandanten -- die Ordnungsstrafe selbst auszusprechen, war nach der damaligen gesetzlichen Regelung dem Militärgericht genommen. -- Die Lösung dieser Frage geht u. E. aus Art. 166 MStr.G.B. einerseits, Art. 3 MStr.G.O. anderseits hervor: Der in Art. 166 MStr.G.B. aufgestellte Begriff des „Ordnungsfehlers" umfasst sowohl den reinen Ordnungsfehler, d.h. den Disziplinarfehler im engeren Sinne (sogenannte Disziplinarübertretung) als auch den leichten Fall (sogenanntes Disziplinarvergehen). Da nun das MStr.G.B. den reinen Ordnungsfehler nicht besonders normiert, sondern eben nur den Begriff des Ordnungsfehlers im weiteren Sinne aufstellt, muss angenommen werden, dass dieser letztgenannte Begriff des Ordnungsfehlers auch dem Art. 3 MStr. G.O. zu Grunde liegt, wonach Disziplinarfehler ausschliesslich durch den militärischen Vorge-

22) Leo Weber in Z. 1910 S. 227 ff.

setzten zu beurteilen sind. Voraussetzung für eine Überweisung des Falles an den zuständigen Kommandanten ist aber die vorgängige Freisprechung des Angeklagten durch das Gericht (Art. 161 B MStr.G.O.). Nach dem alten Militärstrafrecht können die Gerichte somit nur auf kriminelle Strafen erkennen; die Militärgerichte dürfen weder zu Disziplinarstrafe verurteilen, noch unter Freisprechung des Angeklagten eine solche selbst verhängen.
Das alte MStr.G.B. kennt keinen begrifflichen Unterschied zwischen leichtem Fall und reinem Ordnungsfehler. Die strafbaren Handlungen sind demnach entweder Verbrechen (Vergehen), also kriminelle Delikte, deren Begehung kriminelle Bestrafung durch das Militärgericht nach sich zieht, oder aber Ordnungsfehler im weiteren Sinne des Wortes (Ordnungsfehler im engeren Sinne und leichte Fälle), die ausschliesslich disziplinarische Bestrafung durch den militärischen Vorgesetzten zur Folge haben.
Da das neue MStr.G.B. die verfahrensrechtlichen Vorschriften nur unwesentlich abgeändert hat, erfolgt die nähere Darstellung der MStr.G.O. im Zusammenhang mit der heute geltenden Regelung.

§ 9. Die Praxis.

Es würde zu weit führen, auf Grund der erst- und oberinstanzlichen Gerichtsentscheide sowie der damaligen Disziplinarabwandlungsverfügungen des Oberauditors nachzuprüfen, welche Fälle nach seinerzeitiger Praxis als „schwer" und welche als „leicht" bezw. als reine Ordnungsfehler betrachtet wurden. Mit Rücksicht auf den Umstand, dass das jetzt geltende Recht den leichten Fall in ähnlicher Weise regelt und die strafbaren Tatbestände zur Hauptsache dieselben geblieben sind, wäre eine derartige Untersuchung zwar auch heute nicht bloss von

historischem Interesse. Zweck der nachfolgenden Ausführungen ist es vielmehr einzig abzuklären, welche grundsätzliche Bedeutung die frühere Praxis dem leichten Fall in materieller und prozessualer Hinsicht beimass.

1 Nach der MStr.G.O. hat bei Begehung einer der militärischen Beurteilung unterliegenden strafbaren Handlung der Vorgesetzte, der zur Anbefehlung der Voruntersuchung zuständig ist, den Entscheid darüber zu treffen, ob der betreffende Fall disziplinarisch zu bestrafen oder aber dem Militärgericht zwecks krimineller Ahndung zu überweisen sei. Es ist mithin Sache des militärischen Vorgesetzten festzustellen, ob entweder ein Ordnungsfehler im weiteren Sinne des Wortes (reiner Ordnungsfehler und leichter Fall) oder aber ein kriminell zu bestrafendes Delikt zur Beurteilung steht (Art. 108 und 110 MStr.G.O.). Mit Befehl vom 27. September 1914 verfügte indessen der General, dass für die Zeit des aktiven Dienstes die Truppenkommandanten nur mehr die reinen Ordnungsfehler bestrafen dürften, in allen andern Fällen dagegen -- gleichgültig ob schwerer oder leichter Natur -- Voruntersuchung anzuheben sei. Zweck dieser Anordnung war, eine gleichmässigere Überweisungspraxis herbeizuführen. Die formelle und materielle Gesetzlichkeit dieses Armeebefehls ist hier nicht nachzuprüfen, doch ist festzuhalten, dass dadurch in prozessualer Hinsicht eine grundsätzliche Scheidung zwischen Ordnungsfehler im engeren Sinne und leichtem Fall vorgenommen wurde [23]).

2 Nach der Praxis des MKG fehlt dem Kassationsgericht die Befugnis zur Überprüfung erstinstanzlicher Entscheide, soweit nur Gradabstufungen ein und desselben Deliktes in Frage

23) Vgl. Kritik dieses Armeebefehls durch den Kommissionsberichterstatter Bolli im Ständerat: Sten. B. 1922 S. 17.

stehen [24]), weil eine Nachprüfung reiner Ermessensfragen durch die Kassationsinstanz in Art. 188 MStr.G.O. nicht vorgesehen ist, bezw. aus Ermessensgründen allein die Kassation eines erstinstanzlichen Urteils nicht ausgesprochen werden kann [25]). Die Auffassung des MKG ist nun offenbar folgende:

a. Der reine Ordnungsfehler im Sinne von Art. 166 Absatz 1 MStr.G.B. unterscheidet sich von den oben als leichten Fällen bezeichneten Tatbeständen des Art. 166 Ziffer 1 - 29 MStr.G.B. begrifflich nicht;

b. Sowohl der reine Ordnungsfehler, als insbesondere auch die zuletzt genannten neunundzwanzig Tatbestände sind weder identisch mit den leichten Fällen der entsprechenden Artikel des kriminellen Rechtes, noch blosse Gradabstufungen derselben oder der kriminellen Tatbestände selbst, sondern es handelt sich um andere Tatbestände. Dies gilt selbst dann, wenn die sich entsprechenden Tatbestände des kriminellen Rechtes und des Art. 166 MStr.G.B. gegenseitig aufeinander Bezug nehmen;

c. Wo einzelne kriminelle Tatbestände in leichten Fällen disziplinarische Bestrafung zulassen, handelt es sich um blosse Gradabstufungen ein und desselben Deliktes.

Auf Grund dieser Gesetzesauslegung wurde dem MKG ermöglicht, in Fällen, wo das Divisions- oder Territorialgericht zu Unrecht einen Tatbestand des Art. 166 MStr.G.B. angenommen oder abgelehnt hatte, auf ein gestelltes Kassationsbegehren einzutreten und das erstinstanzliche Urteil zu korrigieren. Das MKG hat mit Urteil vom 28. Oktober 1914 in Sachen Ki-

---

24) MKG in Z. 1914 S. 394.

25) Art. 188 MStr.G.O. zählt die Kassationsgründe abschliessend auf; Stooss S. 162.

pfer [26]) erklärt, dass die Tatbestände „weniger wichtiger Fall von Insubordination" (Art. 62 Absatz 2 MStr.G.B.) und „ungebührliches Betragen gegen militärische Obere" (Art. 166 Ziffer 9 MStr.G.B.) trotz gegenseitiger Verweisung der beiden Gesetzesbestimmungen tatbeständlich verschiedener Natur seien und hat sich im übrigen zu folgenden Grundsätzen bekannt:

Die Vorinstanz hat den Angeklagten zugleich mit der Freisprechung seinen militärischen Vorgesetzten zur disziplinarischen Bestrafung überwiesen. Dabei hat das Territorialgericht ausdrücklich erklärt, das Delikt der Insubordination im Sinne der Art. 61, 62, 63 und 65 des MStr.G.B. liege nicht vor, K. habe sich nur gegen einen militärischen Oberen ungebührlich betragen und damit gegen die Ordnungsvorschrift des Art. 166 Ziffer 9 verstossen. Das Territorialgericht hat, indem es das Vorliegen einer Insubordination ganz allgemein verneinte, auch die Anwendung von Absatz 2, der unter Hinweis auf Art. 166 Ziffer 9 für „weniger wichtige Fälle" von Insubordination eine Ordnungsstrafe vorsieht, ausgeschlossen. Der Hinweis im vorinstanzlichen Urteil, dass gegenüber dem Angeklagten Art. 166 Ziffer 9 Anwendung finden solle, ändert daran nichts. Das „ungebührliche Betragen", das die Vorinstanz dem Angeklagten zur Last legt, ist etwas anderes als die „weniger wichtigen Fälle" von Insubordination, auf die in Art. 62 Absatz 2 hingewiesen wird. -- Diese Feststellungen musste das Kassationsgericht vorab treffen. Hätte nämlich das Territorialgericht erklärt: es liegt zwar nicht das Verbrechen der Insubordination, wohl aber ein weniger wichtiger Fall von Insubordination im Sinne von Art. 62 Absatz 2 vor, so wäre die Befugnis des Kassationsgerichtes zur Überprüfung zu verneinen. Über Gradabstufungen einzelner Delikte hat das erkennende Gericht nach seinem freien Ermessen zu entscheiden. Hier aber, wo die Vorinstanz erklärt, der Tatbestand der Insubordination gemäss Art. 61 ff des MStr.G.B. sei überhaupt nicht gegeben, erscheint das Überprüfungsrecht des Kassationsgerichtes zweifellos. Es ist daher materiell auf das Kassationsbegehren einzutreten.

Durch Urteil vom 3. März 1915 in Sachen Vessaz [27]) hat das MKG die im Falle Kipfer vertretene Auffassung bestätigt und

26) Z. 1914 S. 384 ff; der Entscheid MKG I 5 bedeutet keine Praxisänderung, da sich dieses Urteil nur auf den Unterschied zwischen schwerem und leichtem Fall, nicht auch auf Art. 166 bezieht.

27) Z. 1915 S. 221 ff.

erkannt, dass die Frage, ob ein Diebstahl gemäss Art. 131 ff. MStr.G.B. oder eine Entwendung im Sinne von Art. 166 Ziffer 2o vorliege eine Rechtsfrage (question de principe) und nicht eine blosse Ermessensfrage (question d'appréciation) sei; der Unterschied zwischen den beiden Tatbeständen liege nicht bloss in der verschiedenen Höhe des Deliktsbetrages, massgebend sei vielmehr die Gesamtheit der Umstände [28]), unter denen die Tat verübt worden sei [29]). Gestützt auf diese Gesetzesauslegung konnte das MKG auch in diesem Falle auf die materielle Überprüfung eintreten und das erstinstanzliche Urteil abändern.

Die Auffassung des MKG mit Bezug auf den leichten Fall, d.h. die begriffliche tatbeständliche Unterscheidung des leichten Falles nach Art. 166 MStr.G.B. einerseits von denjenigen des kriminellen Rechtes anderseits, mag vom formaljuristischen Gesichtspunkte aus betrachtet namentlich dann nicht zu befriedigen, wenn - wie im Falle Kipfer - die beiden entsprechenden Rechtsnormen gegenseitig auf einander verweisen. Mit guten Gründen gingen aber die Bestrebungen des MKG dahin, irgendwo innerhalb der verschiedenen Gradabstufungen ein und desselben Grundtatbestandes eine „rechtliche Demarkationslinie" zu ziehen und dadurch das überaus grosse freie Ermessen des erstinstanzlichen Gerichtes gleichsam in zwei verschiedene kleinere Ermessensgebiete zu trennen. Auf dem Wege der materiellrechtlichen Gesetzesauslegung wurde demnach zwar nicht ein neuer Kassationsgrund geschaffen, wohl aber der Kassationsgrund des Art. 188 Ziffer 1 MStr.G.O. extensiv interpretiert. Da indessen das Gesetz selbst einen derartigen Trennungsstrich zu ziehen unterlassen hat und die leich-

28) Zur „Gesamtheit der Umstände" gehören offenbar auch die subjektiven Umstände.

29) „Mais il est incontestable que la notion de valeur joue un rôle principal" (MKG in Z. 1915 S. 223).

ten Fälle des Art. 166 MStr.G.B. begrifflich vielmehr dem reinen Ordnungsfehler im Sinne von Art. 166 Absatz 1 gleichstellt, musste dies durch die Praxis geschehen und zwar -- im Hinblick auf die Fassung des Art. 166 MStr.G.B. -- durch tatbeständliche Unterscheidung der leichten Fälle des kriminellen Rechtes von denjenigen der Disziplinarstrafordnung.

3 Weder das eidgenössische Militärdepartement noch der Oberauditor haben u. W. allgemeine Weisungen erlassen, in denen zur Rechtsnatur des leichten Falles in grundsätzlicher Art und Weise Stellung genommen wird. Dagegen wurde durch verschiedene Kreisschreiben dieser beiden Amtsstellen aus praktischen Bedürfnissen mit Bezug auf einzelne Tatbestände des kriminellen Rechtes, die in geringfügigen Fällen disziplinarische Bestrafung vorsehen, Weisungen erteilt, in welchen Fällen Ordnungsstrafe zulässig und wann eine kriminelle Bestrafung eintreten solle. Diesen Erlassen kam indessen für die Gerichte eine Verbindlichkeit natürlich nicht zu [30]).

30) Vgl. z.B. Kr. S. des Oberauditors vom 4.9.1890 betr. Diebstahl und Betrug; Kr.S. des Oberauditors vom 10.2.1910 betr. Dienstverweigerung aus religiösen Gründen; Kr.S. des EMD vom 23.9.1904 an die Schulkommandanten und Justizoffiziere betr. Eigentumsschädigungen und Diebstahl; Kr.S. des EMD vom 18.10.1911 an die Militärbehörden der Kantone betr. wiederholtes unentschuldigtes Nichteinrücken zum Wiederholungskurs.

§ 10. Die materiellrechtliche Normierung.

Wie bereits früher erwähnt, stellen die beiden ersten Bücher des MStr.G.B. in sich abgeschlossene Rechtsgebiete dar und es fehlt insbesondere eine Bestimmung, die den allgemeinen Teil des kriminellen Rechtes für das Disziplinarstrafrecht anwendbar erklären würde [31]). Grundsätzlich sind die Tatbestände des „Militärstrafrechtes" krimineller Natur und erfordern daher auch die in den Art. 27 ff. vorgesehenen kriminellen Strafen, indessen der Disziplinarfehler im Sinne von Art. 180 nicht krimineller Natur ist und bloss Ordnungsstrafe nach sich zieht. In gewissen Fällen lässt nun jedoch auch das kriminelle Recht disziplinarische Bestrafung zu, sei es auf Grund einer Norm des allgemeinen Teils oder aber gestützt auf eine Vorschrift des besonderen Teiles. Im einzelnen hat das Gesetz -- in Anlehnung an das schweizerische Strafgesetzbuch -- folgende Regelung getroffen:

I. Allgemeiner Teil des Gesetzes.

1. Die begrenzte Strafherabsetzung (Art. 46 MStr.G.B.).

Diese Art der Strafherabsetzung ermöglicht dem Richter, bei Vorliegen ganz bestimmter Voraussetzungen nicht die betreffende im besonderen Teil des Gesetzes angedrohte Strafe anzuwenden, sondern auf die nächstmildere Strafe zu erkennen.

---

31) Einzig die Art. 182 (persönliche Geltung) und Art. 193 (Bestimmungen über Bussen, Einziehung und Verfall von Geschenken) erklären einzelne begrenzte Rechtsnormen des ersten Buches auf die Disziplinarstrafordnung anwendbar.

Art. 46 kann durch den Richter angewendet werden bei
unvollendetem Versuch (Art. 19 Absatz 1) [32];
vollendetem Versuch (Art. 19 bis Absatz 1);
Gehülfenschaft (Art. 23); mildernden Umständen (Art. 45).

Auf Grund von Art. 46 einerseits in Verbindung mit den soeben zitierten weiteren Bestimmungen anderseits kann (bezw. musste) statt auf Gefängnis ohne bestimmte Mindestdauer auf scharfen Arrest oder Busse erkannt werden.

2. Die unbegrenzte Strafherabsetzung (Art. 47 MStr.G.B.).

Diese zweite Art der Strafherabsetzung besteht darin, dass der Richter an die für das betreffende Delikt angedrohte Strafart und das Strafmass nicht gebunden ist, wohl aber an das gesetzliche Mindestmass der im konkreten Falle gewählten Strafart. Auch diese Strafherabsetzung darf nur dann Platz greifen, wenn bestimmte Normen des Gesetzes den Richter dazu verpflichten oder ermächtigen.

Art. 47 muss zur Anwendung gelangen bei
verminderter Zurechnungsfähigkeit (Art. 11);
Notwehrexzess (Art. 25 Absatz 2);
Notstandsexzess (Art. 26 Ziffer 1 Absatz 2);
Nothilfeexzess (Art. 26 Ziffer 2).

Art. 47 kann durch den Richter angewendet werden bei
Jugendlichen (Art. 14 Absatz 1); Rechtsirrtum (Art. 17);
Handeln auf Befehl (Art. 18 Absatz 2);
tätiger Reue beim vollendeten Versuch (Art. 19 bis Abs. 2);
untauglichem Versuch (Art. 20 Absatz 1);
endlich kann eine Strafmilderung nach freiem Ermessen im Sinne von Art. 47 dann eintreten, wenn bestimmte Normen des besonderen Teiles dies vorsehen.

---

32) Nach der ursprünglichen Fassung des MStr.G.B. (in Kraft bis 31.12.

Obwohl Art. 47 keinen besonderen Hinweis darauf enthält, dass auch auf Disziplinarstrafe herabgegangen werden dürfe, entspricht diese Möglichkeit doch zweifellos dem Sinne des Gesetzes: Art. 47 stellt nicht bloss eine gleichwertige Art der Strafherabsetzung auf wie Art. 46, sondern räumt dem Richter einen noch grösseren Spielraum ein. Es ist daher nicht einzusehen, warum der Richter nicht zum mindesten auch auf scharfen Arrest oder Busse herabgehen dürfte. Ob dagegen Art. 47 den Richter auch ermächtigt, die begangene Widerhandlung mit Verweis oder einfachem Arrest zu ahnden, erscheint fraglich [33]).

Das Gesetz umschreibt weder die Natur der gestützt auf Art. 46 und 47 mit Disziplinarstrafe belegten Delikte, noch äussert es sich über die Rechtsnatur der auf Grund der beiden gesetzlichen Bestimmungen ausfällbaren Disziplinarstrafen. Die Frage bleibt somit nach dem Gesetzestexte offen, ob einerseits die im Sinne der genannten beiden Artikel im konkreten Falle disziplinarisch bestraften Widerhandlungen krimineller oder disziplinarischer Natur seien, bezw. ob sie den leichten Fällen des speziellen Teiles gleichgestellt werden sollen und ob anderseits die daherigen ausgefällten Ordnungsstrafen denjenigen der Disziplinarstrafordnung gleichzusetzen sind oder nicht.

II. Besonderer Teil des Gesetzes.

1 Die unbegrenzte Strafherabsetzung im Sinne von Art. 47 MStr.G.B. (Strafmilderung nach freiem Ermessen) darf -- wie oben schon erwähnt wurde -- immer nur dann angewendet werden, wenn eine bestimmte Norm des allgemeinen oder

---

1941) musste beim unvollendeten Versuch Art. 46 zur Anwendung gelangen (Art. 19 ursprünglicher Fassung).

33) Hafter äusserte sich am JR 1933 dahin, dass der Richter bei Art. 47 MStr.G.B. sogar auf einfachen Arrest erkennen könne.

des speziellen Teiles dies gestattet. Der besondere Teil des Gesetzes sieht nun bloss in zwei Fällen vor, dass der Richter von der Strafmilderung nach freiem Ermessen Gebrauch machen könne, nämlich bei

Dienstverweigerung, wenn sich der Täter nachträglich aus eigenem Antrieb zum Dienste stellt (Art. 81 Absatz 3), und bei falscher Anschuldigung, falschem Zeugnis, Gutachten und Übersetzung, wenn der Täter seine falsche Äusserung aus eigenem Antrieb und bevor durch sie für einen andern ein Rechtsnachteil entstanden ist, berichtigt oder wenn der Täter die falsche Äusserung getan hat um sich oder seine Angehörigen nicht einer strafrechtlichen Verfolgung auszusetzen (Art. 179 bis Absätze 1 und 2).

Art. 145 Ziffer 3 MStr.G.B. (üble Nachrede) sieht vor, dass der Täter milder bestraft werden könne, wenn er seine Aussage vor dem Richter als unwahr zurückziehe. Obwohl der Gesetzestext hier -- im Gegensatz zu den oben erwähnten Fällen -- die Worte „nach freiem Ermessen" nicht enthält und auch nicht auf Art. 47 verweist, geht diese Strafmilderung praktisch noch weiter als diejenige des Art. 47, da der Richter sogar Straflosigkeit eintreten lassen kann. Selbst in ursprünglich schweren Fällen übler Nachrede besteht mithin die Möglichkeit disziplinarischer Bestrafung, insofern der Rückzug der betreffenden Äusserung vor dem Richter erfolgt. Auch diese Art des Rückzuges der üblen Nachrede vermag allerdings die ursprüngliche Schwere der Widerhandlung nicht zu beeinflussen, doch kann der Richter mit Rücksicht auf diese besondere Art der Wiedergutmachung auch einen schwerwiegenden Fall übler Nachrede mit Bezug auf die Straffolgen einem leichten Fall von übler Nachrede gleichsetzen.

Auch Art. 146 Ziffer 3 MStr.G.B. (Verleumdung) sieht die Möglichkeit einer Strafmilderung vor, wenn der Täter seine

Äusserungen vor dem Richter als unwahr zurückzieht. Da das Gesetz weder von einer Strafmilderung nach freiem Ermessen spricht und auch nicht auf Art. 47 verweist, noch gänzliche Straflosigkeit eintreten kann, handelt es sich hier offenbar um einen Anwendungsfall von Art. 46 MStr.G.B. Der Richter hat demnach die Möglichkeit auf scharfen Arrest oder Busse herabzugehen, sofern nur eine einfache Verleumdung im Sinne von Art. 146 Ziffer 1 vorliegt und insoweit die in Ziffer 3 genannten Voraussetzungen zutreffen.

2 Im Anschluss an die kriminelle Strafdrohung lässt das Gesetz bei sehr zahlreichen Tatbeständen disziplinarische Bestrafung zu durch den Nachsatz: „In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung." Die Verhängung von Ordnungsstrafen durch die Militärgerichte stützt sich in den allermeisten Fällen auf eine derartige Bestimmung. Da das Gesetz zu normieren unterlässt, wann jeweilen ein solcher leichter Fall vorliege, hat der Richter im Einzelfalle nach seinem freien Ermessen zu befinden, ob der Fall schwerer oder leichter Natur sei. Es handelt sich somit bei den leichten Fällen weder um besondere selbständige noch um privilegierte gesetzliche Tatbestände. Der Gesetzgeber hätte mithin bei allen diesen Tatbeständen des speziellen Teiles praktisch ebensogut kriminelle und disziplinarische Strafe wahlweise androhen können, statt die Regel aufzustellen, dass in leichten Fällen disziplinarische Bestrafung zu erfolgen habe.
Eine Aufzählung aller derjenigen Tatbestände, die in leichten Fällen disziplinarische Bestrafung zulassen, erübrigt sich an dieser Stelle. Auf die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Anwendungsfälle wird später bei der Darstellung der Gerichtspraxis näher einzutreten sein.

3 Einen ganz besonders gearteten leichten Fall sah Art. 146 Ziffer 2 alter Fassung vor (wahrheitsgemässe üble Nach-

rede ohne begründete Veranlassung und nur um Übles vorzuwerfen): Hier knüpft der Gesetzgeber die disziplinarische Bestrafung an ganz bestimmte objektive und subjektive Tatverumständungen, bei deren Vorliegen der Richter überhaupt nur auf Ordnungsstrafe erkennen kann.
In ähnlicher Weise umschreibt das Gesetz die Voraussetzungen bloss disziplinarischer Ahndung in Art. 129 Ziffer 4 (Entwendung einer Sache von geringem Wert aus Not, Leichtsinn oder zur Befriedigung eines Gelüstes) und in Art. 131 Ziffer 3 (Veruntreuung einer Sache von geringem Wert aus Not, Leichtsinn oder zur Befriedigung eines Gelüstes). Ordnungstrafe kann bei Diebstahl und Veruntreuung also nur bei Zutreffen der entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen eintreten. Da aber in diesen beiden Fällen nicht notwendigerweise blosse Disziplinarstrafe verhängt werden muss, vielmehr dem Richter überlassen bleibt, auch hier auf eine kriminelle Strafe zu erkennen und im weitern die Bestimmung darüber, wann eine Sache von geringem Werte sei und wann nicht, dem richterlichen Ermessen anheimgestellt ist, können Art. 129 Ziffer 4 und Art. 131 Ziffer 3 systematisch nicht dem oben erwähnten Sonderfall des Art. 146 Ziffer 2 alter Fassung, sondern müssen den oben unter 2 genannten leichten Fällen gleichgestellt werden.

4 Besonderer Erwähnung bedürfen endlich diejenigen gesetzlichen Tatbestände, bei welchen der Richter den Täter infolge besonderer Verumständungen von Strafe überhaupt befreien kann:

Provokation bei Beschimpfung einer Militärperson (Art. 101 Absatz 3)
Provokation bei Beschimpfung (Art. 148 Ziffer 2)
Begünstigung einer in nahen Beziehungen stehenden Person (Art. 176 Absatz 3).

Bei allen drei Tatbeständen sieht das Gesetz im Sinne der oben unter 2 gemachten Ausführungen in leichten Fällen disziplinarische Bestrafung vor. Auf die Frage, ob nun in an sich nicht leichten Fällen der Richter auch die Möglichkeit disziplinarischer Ahndung habe, weil er ja sogar auf gänzliche Strafbefreiung erkennen könne, braucht nicht eingetreten zu werden: Diese Frage stellt sich überhaupt nicht, da es ja immer der Richter selbst ist, der nach freiem Ermessen darüber entscheidet, ob ein leichter Fall vorliegt oder nicht. Es wäre daher ein Widersinn, wenn das Gericht erklären würde, es liege zwar ein nicht leichter Fall vor, der Täter werde aber mit Rücksicht auf die erfolgte Provokation oder im Hinblick auf die nahen Beziehungen zwischen Täter und Begünstigtem nur disziplinarisch bestraft. Durch die ausgefällte Ordnungsstrafe bekundet das Gericht vielmehr eindeutig, dass eben ein bloss leichter Fall vorliegt.

§ 11. Die verfahrensrechtliche Normierung.

Durch das Inkrafttreten des neuen MStr.G.B. wurde die MStr. G.O. vom Jahre 1889 nicht ersetzt, wohl aber in einzelnen Punkten abgeändert und ergänzt [34]). Mit Bezug auf die verfahrensrechtliche Behandlung des leichten Falles ist als Neuerung einzig zu erwähnen, dass nunmehr auch die Gerichte selbst Ordnungsstrafen aussprechen können. Indessen steht dem Gericht auch die Möglichkeit offen, den Täter -- wie dies bei Annahme eines leichten Falles nach der früheren gesetzlichen Regelung ausnahmslos geschehen musste -- dem zuständigen militärischen Vorgesetzten zur disziplinarischen Be-

34) Vgl. Art. 233 Ziffer 2 MStr.G.B.; das BG betr. Anpassung des MStr.G.B. und der MStr.G.O. an das Schweizerische Strafgesetzbuch vom 13.6. 1941 ändert nur die Bestimmungen über die Begnadigung ab und weist diese dem MStr.G.B. zu.

urteilung zu überweisen, was aber nicht die Regel bilden soll[35]). Die neue Vorschrift, dass eine disziplinarische Bestrafung wegen eines leichten Falles erst nach vorgängiger gerichtlicher Freisprechung erfolgen darf, bestätigt und präzisiert bloss die schon vor 1928 geltende gesetzliche Regelung.

1 Ist eine der militärischen Rechtsprechung unterliegende strafbare Handlung begangen worden, dann hat der Truppenkommandant darüber zu entscheiden, ob die Tat als Ordnungsfehler zu betrachten sei oder aber ob ein krimineller Tatbestand erfüllt sei oder doch erfüllt sein könnte, der kriminelle Ahndung erfordert. Im ersten Falle ist das in der Disziplinarstrafordnung vorgesehene Verfahren einzuleiten [36]), im zweiten Falle dagegen Befehl zur Voruntersuchung zu erteilen. Dieser Entscheid ist nur möglich auf Grund einer vorgängigen materiell-rechtlichen Kognition des konkreten Falles. Es steht der betreffenden Kommandostelle frei, durch Anordnung einer ergänzenden Beweisaufnahme die Organe der Militärjustiz, d.h. den zuständigen Untersuchungsrichter sowohl zur tatsächlichen Mithilfe (Beweissicherung, Ermittlung des Täters) herbeizuziehen, als sich dadurch auch ein Rechtsgutachten zu verschaffen über die Frage, ob die Angelegenheit ohne vorherige Durchführung einer Voruntersuchung disziplinarischer Abwandlung zugänglich sei. Die Truppenkommandanten sind in keinem Falle zur Anordnung einer Beweisaufnahme durch den Untersuchungsrichter verpflichtet; wurde eine derartige Beweisaufnahme durchgeführt, so ist der betreffende Truppenkommandant wiederum nicht an die bezüglichen Anträge des Untersuchungsrichters gebunden. Der Kommandant ist auch dann verantwortlich für den Entscheid, ob Voruntersuchung

35) Art. 160 a Absatz 1 a. E. MStr.G.O.

36) Das Offizialprinzip gilt in der Disziplinarstrafordnung allerdings nicht, vgl. oben § 5, 1.

anzubefehlen sei oder nicht, wenn er den Anträgen des Untersuchungsrichters Folge leistet. Wurde hingegen eine Beweisaufnahme durch den Untersuchungsrichter nicht angeordnet und wird auch nicht anderswo fachkundiger Rat eingeholt, dann bleibt dem betreffenden Kommandanten nur mehr übrig, den Entscheid allein im Vertrauen auf die Richtigkeit seines eigenen Rechtsgefühls zu treffen[37]). In Zweifelsfällen -- und solche gibt es angesichts der gesetzlichen Regelung nicht wenige -- wird der zuständige Kommandant weniger die Rechtsnatur der begangenen Widerhandlung überprüfen, als sich vielmehr fragen, ob disziplinarische oder kriminelle Strafe im konkreten Falle angemessen erscheine[38]): Durch die Auswahl zwischen kriminellem und disziplinarischem Strafensystem gelangt der Truppenkommandant auf praktische Art zur Lösung der Frage, ob im konkreten Fall der Tatbestand des Ordnungsfehlers gegeben oder aber ein krimineller Tatbestand erfüllt sei. Da nach Abschluss der Voruntersuchung dem Oberauditor und nach Anklageerhebung dem Militärgericht die Möglichkeit disziplinarischer Erledigung zusteht, indessen einem einmal abgeschlossenen Disziplinarverfahren mangels Kenntnisnahme durch die Organe der Militärjustiz, durch übergeordnete Kommandostellen oder das eidgenössische Militärdepartement nur äusserst selten ein militärgerichtliches Verfahren nachfolgen kann[39]), trägt der zur Anhebung, bezw. Anordnung der Voruntersuchung zuständige Offizier zweifellos eine wesentlich höhere Verantwortung, wenn er einen konkreten Fall nicht der Militärjustiz übergibt, also nicht Voruntersuchung anbefiehlt, sondern das Disziplinarverfahren einleitet oder einleiten lässt. Es erscheint daher angezeigt in allen Zweifelsfällen -- besonders dann, wenn eine Beweisaufnahme durch

37) Hammer S. 30/31.
38) Stooss in Z. 1915 S. 174.
39) Vgl. einen derartigen seltenen Fall in Z. 1914 S. 391 ff.

den Untersuchungsrichter nicht stattgefunden hat -- die Voruntersuchung anzuordnen [40]).
Die Verantwortung lastet jedoch nicht bloss auf dem zur Anbefehlung der Voruntersuchung zuständigen Kommandanten: Die ihm unterstellten Kader sind gehalten, bei Entdeckung eines in die Zuständigkeit der Militärgerichte fallenden Deliktes unverzüglich Meldung zu erstatten zwecks Anordnung der Voruntersuchung (Art. 108 Absatz 2 MStr.G.O.). Wird diese Meldung aber in einem konkreten Falle unterlassen in der irrtümlichen Annahme, es liege bloss ein Ordnungsfehler vor und tritt daher auch nur Ordnungsstrafe ein, dann besteht hier ebenfalls die hohe Wahrscheinlichkeit, dass ein militärgerichtliches Verfahren überhaupt nie eingeleitet wird. Die unterstellten Kommandanten, insbesondere die Stabs- und Einheitskommandanten haben daher in Zweifelsfällen in analoger Weise nicht das Disziplinarverfahren einzuleiten, sondern der zur Anbefehlung der Voruntersuchung zuständigen Kommandostelle Meldung zu erstatten.

2 Nach Abschluss der Voruntersuchung hat sich der Auditor darüber zu entscheiden, ob der betreffende Fall der Militärgerichtsbarkeit im engeren Sinne des Wortes oder der Disziplinarstrafgewalt der Truppenkommandanten unterliege oder aber ob das gegen den Beschuldigten eingeleitete Verfahren einzustellen sei. Im ersten Falle erhebt der Auditor ohne weiteres Anklage, in den beiden übrigen Fällen dagegen sind die Akten dem Oberauditor zu übermitteln, dem dann der definitive Entscheid darüber zukommt, ob das Verfahren eingestellt, der Fall dem Disziplinarvorgesetzten überwiesen oder aber entgegen dem Antrage des Auditors doch Anklage erhoben werden soll (Art. 122 - 124 MStr.G.O.) [41]). Dem Ent-

40) Hafter am JR 1927.
41) Lenzlinger S. 20.

scheid des Auditors kommt mithin keinesfalls definitive Wirkung zu mit Bezug auf den kriminellen oder disziplinarischen Ausgang des Verfahrens; seine Verfügung, d.h. die Anklageerhebung oder die Einsendung der Akten an das Oberauditorat mit einem entsprechenden Antrag präjudiziert die Frage keineswegs, ob kriminelle oder disziplinarische Bestrafung in der Folge eintreten wird. Die definitive Entscheidung dieser Frage bleibt vielmehr in jedem Falle dem Oberauditor bezw. dem Militärgericht überlassen.
Die Verfügung des Oberauditors, die die disziplinarische Abwandlung einer Strafsache ausspricht, stellt einerseits das Bestehen einer strafbaren aber nur disziplinarisch zu verfolgenden Widerhandlung gestützt auf das Ergebnis der durchgeführten Voruntersuchung, anderseits aber zugleich die Notwendigkeit einer derartigen Bestrafung fest [42]). Der militärische Vorgesetzte hat mithin nur mehr die Strafe zu bestimmen und könnte auf eine Bestrafung überhaupt nicht mehr verzichten.

3 Wurde Anklage erhoben, dann hat das Gericht darüber zu entscheiden, ob ein leichter oder schwerer Fall eines kriminellen Deliktes vorliegt oder ob sich die Tat bloss als reiner Ordnungsfehler im Sinne von Art. 180 MStr.G.B. qualifiziert. Das Urteil kann nur auf Verurteilung oder Freispruch lauten (Art. 157 MStr.G.O.). Betrachtet das Gericht die in der Anklageschrift bezeichnete Tat wie sich diese nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt als blossen Ordnungsfehler oder als einen leichten Fall im Sinne des besonderen Teiles des kriminellen Militärstrafrechtes, dann hat disziplinarische Bestrafung zu erfolgen, was aber nur nach vorgängiger Freisprechung des Angeklagten und Auflage der entstandenen Verfahrenskosten an den Bund erfolgen darf (Art. 160 a, 161

42) Stooss S. 142.

und 163 MStr.G.O.) [43]). Die Ordnungsstrafe kann in der Folge durch das Gericht selbst ausgesprochen werden oder aber -- nachdem die Angelegenheit dem zuständigen Vorgesetzten des Freigesprochenen überwiesen worden ist -- durch den betreffenden Truppenkommandanten. Da das Gesetz nicht normiert, in welchen Fällen die Disziplinarstrafe durch das Gericht ausgefällt und wann an den Vorgesetzten zur Verhängung der Ordnungsstrafe überwiesen werden soll, sondern einzig bestimmt, dass ersteres die Regel, letzteres die Ausnahme zu bilden hat, darf das Gericht offenbar nach Zweckmässigkeitsgründen hierüber befinden, ohne Rücksicht darauf, ob sich die Tat als reiner Ordnungsfehler oder als leichter Fall qualifiziert.

Das Gesetz bestimmt ausdrücklich, dass die gerichtliche Überweisung eines Falles an den Truppenkommandanten zur Verhängung der Strafe, also nicht zur Beurteilung der Angelegenheit erfolge (Art. 160 a Absatz 1 und Art. 161 B Ziffer 3 Absatz 1 MStr.G.O.). Durch die Überweisung des Falles wird somit das Bestehen einer Widerhandlung und die Notwendigkeit disziplinarischer Bestrafung in für den Truppenkommandanten verbindlicher Weise festgestellt. Dem Disziplinarvorgesetzten obliegt nur mehr die Bestimmung des Strafmasses [44]). Das Gesetz spricht sich nicht darüber aus, ob ausser bei Vorliegen eines blossen Ordnungsfehlers oder eines leichten Falles im Sinne des speziellen Teiles des kriminellen Militärstraf-

---

43) Das Div. Ger. 6 hat dagegen verschiedentlich trotz Freisprechung des Angeklagten dem Freigesprochenen die Verfahrenskosten (allerdings ohne die Gerichtsgebühren) auferlegt, nämlich dann, wenn er das Verfahren selbst verschuldet oder veranlasst hatte.

44) Nach dem Wortlaut der MStr.G.O. alter Fassung hatte die Überweisung an den Vorgesetzten zur disziplinarischen Beurteilung zu erfolgen (Art. 161 B Ziffer 3 Absatz 1 MStr.G.O. ursprünglicher Fassung). Trotzdem war die Frage kontrovers: Vgl. einerseits Stooss S. 142, andererseits MKG I 135.

rechtes auch dann gerichtliche Freisprechung zu erfolgen habe, wenn sich die auszufällende Disziplinarstrafe auf eine Bestimmung des allgemeinen Teiles des Gesetzes stützt, also beispielsweise auf die Art. 45 und 46 MStr.G.B. Anderseits stellt das Gesetz aber auch keine ausdrückliche Vorschrift darüber auf, dass in diesen anderen Fällen zu Ordnungsstrafe verurteilt werden dürfe und die in diesem Sinne ausgefällte Disziplinarstrafe daher krimineller Natur sei.
Soweit die Ordnungsstrafe auf Grund des Satzes „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" verhängt wird, muss nach dem Wortlaut des Gesetzes der Angeklagte durch das Gericht zunächst freigesprochen werden. Die leichten Fälle werden mithin durch die MStr.G.O. in verfahrensrechtlicher Hinsicht den reinen Ordnungsfehlern gleichgestellt [45]), wogegen ihnen nach dem MStr.G.B. nur die Natur blosser Gradabstufungen ein und desselben kriminellen Deliktes zukommt, d.h. nicht einmal als privilegierte Tatbestände, sondern nur als Strafzumessungsnormen zu betrachten sind. Auf diese scheinbar widerspruchsvolle Normierung des leichten Falles durch prozessuales und materielles Recht wird im nächsten Abschnitt näher einzutreten sein.

4 Endlich steht auch dem Militärkassationsgericht als Rechtsmittelinstanz die Möglichkeit offen, auf disziplinarische Strafe zu erkennen oder den Fall dem zuständigen Truppenkommandanten zur Verhängung einer Ordnungsstrafe zu überweisen (Art. 194 MStr.G.O.). Die Kassationsbeschwerde ist aber nicht ein reformatorisches Rechtsmittel; Kassation eines erstinstanzlichen Urteils ist vielmehr nur dann möglich, wenn ein ganz bestimmter im Gesetze vorgesehener Kassationsgrund zutrifft (Art. 188 MStr.G.O.). Als materiellrechtlichen Kassa-

45) Ebenso durch das Kreisschreiben des Armeeauditors vom 5.1o.1939; vgl. unten § 12 I 1 a und § 13 V 2.

tionsgrund nennt das Gesetz einzig den Fall der Verletzung des Strafgesetzes durch das erstinstanzliche Urteil. Angesichts dieser sehr allgemeinen Fassung des Gesetzestextes bleibt es offensichtlich der Praxis überlassen festzulegen, wann eine Verletzung des Strafgesetzes im Sinne von Art. 188 Ziffer 1 MStr.G.O. vorliegt. Aus der Aufzählung der einzelnen Rechtsmittelgründe kann einzig geschlossen werden, dass die Nachprüfung blosser Ermessensfragen nicht Sache der oberen Instanz sein darf. Wäre dies nämlich der Fall, so käme der Kassationsbeschwerde die Natur eines appellatorischen Rechtsmittels zu, das ohne bestimmte Rechtsmittelgründe ergriffen werden kann; die Aufzählung der einzelnen Kassationsgründe in Art. 188 MStr.G.O. wäre mithin zwecklos.

§ 12. Die Praxis.

Es ist -- namentlich mit Rücksicht auf den seit Herbst 1939 bestehenden Aktivdienstzustand der schweizerischen Armee -- zweifellos von allgemeinem Interesse wenigstens dem Grundsatze nach festzustellen, in welcher Weise die Praxis die einzelnen Bestimmungen des neuen MStr.G.B., das dem Ermessen einen so weiten Spielraum belässt, ausgelegt und angewendet hat[46]). Auf Grund dieser Feststellungen wird es überdies erst möglich sein, später auf einzelne Hauptfragen vorliegender Abhandlung näher einzutreten. In der Folge soll nicht bloss geprüft werden, wann die Praxis in Anwendung des Satzes „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" jeweilen einen solchen leichten Fall angenommen hat, sondern es sollen ganz allgemein alle diejenigen Fälle des Gesetzes zur Darstellung gelangen, in welchen der Richter die Möglichkeit hat, auf Ordnungsstrafe zu erkennen. Da die nachfolgende Zusammenstellung keineswegs Selbstzweck ist, sondern nur die

46) Vgl. Henrici in ASMZ 1928 S. 145.

Grundlage zu den späteren Erörterungen abgeben soll, ist sie kurz gehalten und erhebt nicht im geringsten Anspruch auf Vollständigkeit.

I. Weisungen, Kreisschreiben und Justizrapporte.

1 Der Oberauditor bezw. der Armeeauditor hat zwecks gleichmässiger und konstanter Auslegung und Anwendung der Bestimmungen über den leichten Fall mehrfach generelle Weisungen an die Truppenkommandanten, Militärbehörden und die Organe der Militärjustiz erteilt.

a. Von grösster wenigstens theoretischer Bedeutung ist das zu Beginn des aktiven Dienstes am 5. Oktober 1939 erlassene Kreisschreiben, gerichtet an die Truppenkommandanten und Militärgerichte, das in lit. A Ziffer 3 bestimmt:

Ergibt eine Prüfung des Falles, dass bloss ein Disziplinarfehler (Art. 180 MStr.G.B.) vorliegt oder erachtet der zuständige Truppenkommandant, dass es sich um einen leichten Fall im Sinne des Militärstrafgesetzes handelt, so ist das Disziplinarverfahren durchzuführen (Art. 203 MStr.G.B.) oder auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme eine Disziplinarstrafe auszusprechen. Von der Erteilung eines Voruntersuchungsbefehls ist in einem solchen Falle abzusehen.[47])

Aus scheinbar rein praktischen Erwägungen heraus wurden damit die Truppenkommandanten zuständig erklärt darüber zu entscheiden, ob im Einzelfalle entweder ein schweres kriminell zu ahndendes Delikt vorliege oder aber ein leichter Fall eines kriminellen Deliktes, trotzdem nach Gesetz und Praxis diese leichten Fälle nur blosse Gradabstufungen ein und desselben kriminellen Tatbestandes darstellen. Ohne nähere Prüfung könnte daher in folgender Weise argumentiert werden: Die Frage, ob ein schwerer oder leichter Fall eines kriminellen

47) Dieser Erlass stellt somit das Gegenstück dar zum Generalbefehl vom 27.9.1914; vgl. oben § 9 1.

Deliktes vorliegt, ist Sache des freien Ermessens. Da aber nur die Gerichte und nicht auch die militärischen Kommandanten zur Beurteilung von Verbrechen und Vergehen zuständig sind, kann diese Ermessensfrage notwendigerweise auch nur durch die Gerichte im Einzelfalle gelöst werden [48]). Wenn aber die Truppenkommandanten, bevor überhaupt ein militärgerichtliches Verfahren angehoben worden ist bloss auf Grund einer präliminaren Prüfung des Falles diese Ermessensfrage zu entscheiden befugt sind, dann steht diesen Kommandanten mithin nicht nur eine gerichtliche Befugnis schlechthin zu, sondern sogar eine Befugnis, von der selbst das Gericht erst nach Schluss der Verhandlungen Gebrauch machen darf [49]). -- Im Zusammenhang mit der näheren Darstellung des leichten Falles wird sich indessen die Unrichtigkeit dieser Erwägungen erweisen.

Dieser Weisung des Armeeauditors kommt indessen nicht bloss Bedeutung zu mit Bezug auf die Truppenkommandanten, sondern gilt nicht weniger für ihn selbst: Das Armeeauditorat ist befugt, darüber zu entscheiden, ob sich eine Tat, die einen kriminellen Tatbestand des MStr.G.B. erfüllt, als leicht qualifiziert oder nicht und dementsprechend den Fall disziplinarisch abzuwandeln oder dem Auditor Befehl zur Anklageerhebung zu erteilen [50]). Diese Kompetenz des Armeeauditors erscheint umso begründeter, als die Voruntersuchung in diesem Verfahrensstadium ja bereits abgeschlossen ist und der Sachverhalt in erhöhtem Masse abgeklärt ist.

Die Praxis der Truppenkommandanten wird sich durch diese

---

48) In diesem Sinne äusserte sich Henrici am JR 1926.

49) MKG I 136.

50) Art. 122 Absatz 2 MStr.G.O. sieht allerdings die Überweisung der Akten an den Oberauditor zwecks Disziplinarabwandlung nur dann vor, wenn sich die Tat als Ordnungsfehler, nicht auch als leichter Fall qualifiziert.

Weisung wohl nur wenig geändert haben; die Disziplinarvorgesetzten beurteilen eine begangene Widerhandlung zweifellos nicht nach deren Rechtsnatur, sondern unterscheiden die Widerhandlungen vielmehr nach der angedrohten Strafart. Ein Kommandant wird sich daher äusserst selten über den möglichen Unterschied zwischen reinem Ordnungsfehler und leichtem Fall Rechenschaft geben, weil beide Disziplinarstrafen nach sich ziehen. Hält der Truppenkommandant also in einem konkreten Falle disziplinarische Massregelung für gegeben, dann verhängt er die Ordnungsstrafe unbekümmert darum, ob die Tat sich als leichter Fall oder Ordnungsfehler qualifiziert. Leichte Fälle würden durch die Disziplinarvorgesetzten in vielen Fällen wohl selbst dann mit Ordnungsstrafe geahndet, wenn sie das erwähnte Kreisschreiben des Armeeauditors auch gar nicht dazu ermächtigt haben würde. In diesem Sinne kann daher hinsichtlich dieses Erlasses des Armeeauditors sogar nur von einer Bestätigung bisher geltenden Gewohnheitsrechtes gesprochen werden.

b. Auch in der neuesten Zeit hat sich der Oberauditor mehrfach veranlasst gesehen, in materieller Hinsicht mit Bezug auf den leichten Fall Weisungen zu erlassen: Durch Kreisschreiben No. 24 vom 4. Februar 1938 wurden die den Divisionsgerichten zugeteilten Justizoffiziere darauf aufmerksam gemacht, dass Wachtvergehen bei den freiwilligen Grenzschutztruppen selbst in geringfügig erscheinenden Fällen sich nicht zur disziplinarischen Erledigung eignen in Anbetracht der besondern Wichtigkeit dieses Militärdienstes, der nach Wesen und Bedeutung dem aktiven Dienst gleichzustellen sei. -- Mit Kreisschreiben No. 34 vom 30. April 1940 stellte der Armeeauditor fest, dass die Praxis der militärgerichtlichen Instanzen mit Bezug auf die Verkehrsdelikte durchwegs zu milde sei und in offenbarem Widerspruch zur Praxis der bürgerlichen Gerichte stehe;

der Armeeauditor weist besonders darauf hin, dass angesichts dieser Sachlage eine präventive Wirkung nicht erzielt werden könne und die Zahl der Verkehrsunfälle in erschreckendem Masse zunehme. Die Justizoffiziere werden daher aufgefordert, der Behandlung der Verkehrsdelikte ihre vollste Aufmerksamkeit zu schenken und sich im übrigen an die Praxis der bürgerlichen Gerichte, namentlich an diejenige des Bundesgerichtes zu halten. Obwohl dieses Kreisschreiben die disziplinarische Bestrafung auf diesem Gebiete keineswegs ausschliessen will, soll doch offensichtlich in vermehrtem Masse kriminelle Strafe zur Anwendung gelangen, was aber notwendigerweise in vielen konkreten Fällen zu einer anderen rechtlichen Würdigung des Tatbestandes führt. -- Endlich ist auf das Zirkularschreiben No. 41 vom 16. Mai 1941 hinzuweisen, worin der Armeeauditor einleitend grosse Unterschiede zwischen den einzelnen Militärgerichten hinsichtlich des Strafmasses feststellt, diese aber gleichzeitig als unvermeidlich bezeichnet. Dagegen werden die Grossrichter angewiesen, die Nebenstrafe der Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit (Art. 39 MStr.G.B.) nur in denjenigen Fällen anzuwenden, wo diese wirklich angezeigt erscheint. Zweck dieses Kreisschreibens ist mithin, einerseits eine allzu rigorose und zu häufige Verhängung dieser Nebenstrafe zu verhüten, anderseits eine einheitlichere Praxis unter den Militärgerichten herbeizuführen.

Die Weisungen des Oberauditors bezw. des Armeeauditors binden die Divisions- und Territorialgerichte sachlich, d.h. soweit der Grundsatz der Freiheit der Gerichte berührt wird keineswegs. Die Befolgung dieser Weisungen drängt sich aber schon mit Rücksicht auf die Tatsache auf, dass das Armeeauditorat das einzige Organ der Militärjustiz ist, dem dank seiner prozessualen Stellung in der Militärrechtspflege ein umfassender Überblick möglich ist. Die Nichtbefolgung einer Weisung des Armeeauditorates durch ein Militärgericht stellt daher kei-

ne Verletzung des Strafgesetzes dar und bildet also auch keinen Kassationsgrund im Sinne von Art. 188 Ziffer 1 MStr.G.O., kann dagegen als Grund für eine Beschwerde gegen den Untersuchungsrichter in Betracht fallen wenigstens dann, wenn der Beschwerdeführer infolge Verletzung einer Weisung des Armeeauditors durch das Tun oder Lassen des Untersuchungsrichters benachteiligt worden ist.
Durch das Inkrafttreten des neuen MStr.G.B. sind die früheren Weisungen und Kreisschreiben des Oberauditors, weil sie gar nicht objektives Recht, sondern vielmehr blosse dienstliche Instruktionen innerhalb der Militärjustiz darstellen, nicht schon a priori aufgehoben. So hält sich die Praxis beispielsweise auch heute noch grundsätzlich an die durch Kreisschreiben des Oberauditors vom 4. September 1890 und des eidgenössischen Militärdepartements vom 23. September 1904 aufgestellte Wertgrenze von Fr. 5.- bei Vermögensdelikten.

2 Das Problem des leichten Falles sowie die Frage, ob die nach Art. 46 und 47 MStr.G.B. ausfällbaren Arreststrafen krimineller oder disziplinarischer Natur seien, bildete Thema mehrerer Rapporte der schweizerischen Justizoffiziere:

a. Hafter wies zunächst darauf hin, dass das Gesetz unmöglicherweise den leichten Fall näher umschreiben könne; es sei vielmehr Sache der Praxis im Einzelfalle zu bestimmen, ob das begangene Delikt schwerer oder leichter Natur sei, selbst auf die Gefahr hin, dass eine Einheitlichkeit niemals erreicht werden könne [51]). Müller, unterstützt durch Borella, vertrat an einem späteren Justizrapport hinsichtlich des leichten Falles folgende grundsätzliche Auffassung [52]): Der Grund für die gesetzliche Regelung, wonach in leichten Fällen die Ordnungsstrafe nicht ohne vorherige gerichtliche Freisprechung verhängt wer-

51) JR 1927.

52) JR 1940.

den darf, könne nur darin gefunden werden, dass der Gesetzgeber den leichten Fall eben grundsätzlich dem reinen Disziplinarfehler habe gleichstellen wollen. Wenn aber das Militärgericht beispielsweise einen leichten Fall von Dienstverletzung annehme (Art. 72 MStr.G.B.), so könne nach erfolgtem Freispruch nicht noch eine Ordnungsstrafe wegen der gleichen Widerhandlung nachfolgen, denn die Freisprechung bedeute die Negierung des eingeklagten Tatbestandes überhaupt. Eine nachträgliche Disziplinarstrafe könne mithin nur wegen eines andern Tatbestandes (Art. 180 MStr.G.B.) erfolgen. Die leichten Fälle seien daher -- entgegen der Ansicht des MKG -- nicht als blosse Gradabstufungen des betreffenden kriminellen Tatbestandes zu betrachten. Die Frage, ob ein leichter Fall vorliege, sei also nicht Ermessens- sondern Rechtsfrage und unterliege demnach dem Überprüfungsrecht des MKG (Art. 188 Ziffer 1 MStr.G.O.).

b. Aus den Protokollen einer Reihe von Justizrapporten ist ersichtlich, dass die herrschende Meinung der Justizoffiziere die nach Art. 46 und 47 MStr.G.B. ausfällbaren Arreststrafen nicht als Ordnungsstrafen im Sinne der Disziplinarstrafordnung betrachtet, sondern als kriminelle Strafen („krimineller Arrest") [53]). Nach dieser Auffassung hat das Militärgericht den Angeklagten in diesen Fällen nicht im Sinne von Art. 160 a MStr.G.O. freizusprechen und Ordnungsstrafe zu verhängen bezw. die Sache dem zuständigen militärischen Vorgesetzten zur Festsetzung der Strafe zu überweisen, sondern muss den Täter vielmehr zu der betreffenden Disziplinarstrafe verurteilen. Das Urteil zeitigt demnach alle Folgen eines verurteilenden Erkenntnisses. -- Eine Minderheit dagegen ist der Ansicht, dass die Verhängung einer Ordnungsstrafe auf Grund der Art. 46 und 47 MStr.G.B. wie bei den leichten Fällen nicht ohne vorherige Freisprechung

53) JR 1929, 1933, 1940.

des Angeklagten erfolgen dürfe[54]). -- Zufolge der grundsätzlichen Bedeutung dieser Frage wird später auf diese Kontroverse zurückzukommen sein.

II. Einzelverfügungen des Armeeauditors und Entscheide der Militärgerichte. (1928 -- 1941)

1. Grundsätzliche Entscheide des MKG mit Bezug auf den leichten Fall.

Den leichten Fällen des speziellen Teiles des „Militärstrafrechts" kommt nur die Natur von Gradabstufungen innerhalb ein und desselben Tatbestandes zu; die Frage, ob in concreto ein leichter oder schwerer Fall vorliege, ist Sache des freien richterlichen Ermessens und bleibt daher -- vorbehältlich eines Ermessensmissbrauchs, was einer Verletzung des Strafgesetzes im Sinne von Art. 188 Ziffer 1 MStr.G.O. gleichkäme -- grundsätzlich dem Überprüfungsrecht des MKG entzogen: MKG II 5, 44, 46; MKG III 12, 53, 93.

Die Entscheidung der Frage, ob sich das begangene Delikt als schwerer oder leichter Fall qualifiziert, richtet sich sowohl nach objektiven als auch nach subjektiven Gesichtspunkten: MKG III 25.

Ein Ermessensmissbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn das erstinstanzliche Gericht seinem Entscheid irgendwelche objektive oder subjektive Schranken allgemeiner Natur, die dem MStr.G.B. fremd sind, zu Grunde gelegt hat, oder wenn die erste Instanz bei der Straffindung Umstände berücksichtigt hat, die nach dem klaren Sinn des Gesetzes gar nicht hätten in Betracht gezogen werden sollen. Für die Strafzumessung sind in erster Linie die persönlichen Verhältnisse beim Täter massgebend: MKG III 6, 12, 21, 25, 53, 65, 81, 103, 105, 107.

Abweichungen von der konstanten Praxis stellt keinen Ermessensmissbrauch dar: MKG III 21, 129.

Realkonkurrenz geringfügiger Fälle (in casu „nicht besonders belastender Dienstverletzungen") kann kriminelle Bestrafung rechtfertigen: MKG III 36.

Bei Realkonkurrenz zwischen kriminellem Delikt und Ordnungsfehler im Sinne von Art. 180 MStr.G.B. ist nicht eine Gesamtstrafe auszufällen, son-

---

54) Müller am JR 1929; Herzog am JR 1933.

dern der Disziplinarfehler ist bei der Strafzumessung zu berücksichtigen: MKG II 16.

Art. 44 MStr.G.B. zählt die allgemeinen Strafzumessungsgründe abschliessend auf; die Berücksichtigung des Verhaltens des Angeklagten während des Verfahrens bei der Strafzumessung bedeutet daher einen Ermessensmissbrauch: MKG III 25 [55]).

Die Frage, ob im konkreten Fall Milderungsgründe nach Art. 45 MStr.G.B. vorliegen oder nicht, ist Sache des freien richterlichen Ermessens: MKG II 6, 10; MKG III 14, 31.

2. Gerichtsentscheide und Disziplinarabwandlungsverfügungen des Armeeauditors. [56])

Urteil oder Verfügung des Armee-Auditors:	begangen durch	Gründe für, bezw. gegen die disziplinarische Erledigung:
Art. 61 MStr.G.B. (Ungehorsam) [57]):		
D. vom 31.3.41 i. S. M.	gegen Uof., der Kantonn.-Wechsel befiehlt.	Uof. beharrt nicht auf der Ausführung des Befehls, sondern begibt sich nach Kenntnisnahme des Ungehorsams weg; Täter hat Unrecht eingesehen.

55) Anders dagegen bei der Frage des bedingten Strafvollzuges: MKG III 26.

56) Legende:
D = Disziplinarabwandlung des Armeeauditors;
2 B = Urteil des Divisionsgerichtes 2 B etc.
In der Kolonne „Gründe für, bezw. gegen die disziplinarische Erledigung" werden die ausgefällten Strafen nur dann aufgeführt, wenn zu krimineller Strafe verurteilt wurde, bezw. an das Militärgericht überwiesen wurde. Soweit also in der Folge die verhängte Strafe nicht erwähnt wird, handelte es sich um leichte Fälle.

57) Vgl. zur Unterscheidung schwerer und leichter Fälle von Insubordination nach dem alten MStr.G.B.: Stooss A. in Z. 1915 S. 170ff.

D. vom 22.1.41 i. S. B.	Impfverweigerer TPT, der sich nachträglich doch der Impfung unterzieht.	Rückzug der Weigerung; Angstzustand, weil Hausnachbar des Täters angeblich daran verstorben ist.
3 A vom 17.8.4o i. S. B.	Nichtablösen einer Schildwache trotz Befehl des Wachtkommandanten.	objektiv schwer, subjektiv leicht: Täter in gereizter Stimmung, nicht aus schlechter Gesinnung begangen; Täter bereut.
4 vom 23.8.4o i. S. A.	Impfverweigerer TPT.	nicht aus Prinzip, sondern im Hinblick auf bevorstehenden und schon bewilligten Arbeitsurlaub, gute Qualifikation.

Art. 62 MStr.G.B. (Tätlichkeiten, Drohung):

D. vom 1o.9.4o i. S. D.	Ziehen des Faschinenmessers und Verbaldrohung in angetrunkenem Zustand in Marschordnung unmittelbar nach Einrücken, gegen Kpl.	Täter: Rekrut; Kpl. nimmt Drohung nicht ernst, da er Täter aus Zivilleben kennt; angetrunkener Zustand.

Art. 63 MStr.G.B. (Meuterei):

D. vom 3o.12.4o	Nichtbesammlung zum Weitermarsch trotz mehrfachem Befehl; kein Anführer.	obj. schwer, subj. leicht: nur passive Meuterei, allgem. Misstimmung der betr. Trp. Fw und Sub.Of. geben Befehle schlecht, was als Aufmunterung zur Meuterei aufgefasst wird; allgem. wenig Disziplin in der betr. Einheit.

Art. 64 MStr.G.B. (Vorbereitung der Meuterei):

D. vom 26.9.4o i. S. E. & Cons.	Zellenorganisationsversuch in der Armee zwecks Befehlsverweigerung im Kapitulationsfall; eigene geheime Führung.	achtungswerte Beweggründe.

Art. 68 MStr.G.B. (Unterdrückung einer Beschwerde):

D. vom 8.3.4o i. S. K.		Beschwerde war unbegründet.

Art. 71 MStr.G.B. (Tätlichkeiten, Drohungen gegen Untergebene):

5 vom 16.4.40 i. S. I.	Schläge auf Kopf eines Untergebenen wodurch Trommelfellriss entsteht.	Keine Körperverletzung gewollt; nicht voraussehbare Folge; ziviles Vorleben zwar schlecht, dagegen militär. Führung gut; Täter: HD-Minengruppenchef; mangelhafte Ausbildung als Vorgesetzter; Reizung infolge Pflichtvernachlässigung des Untergebenen.

Art. 72 MStr.G.B. (Nichtbefolgung von Dienstvorschriften):

D. vom 27.6.41 i. S. H.	Nichtgrüssen eines Of., zur Rede gestellt, freches Benehmen gegen Of.	Gute zivile und militärische Qualifikation.
D. vom 11.6.41 i. S. R.	Missbräuchliche Ausdehnung einer Bewilligung des Kp.-Kdt., 1 Mann der Kp. für eigene Privatarbeiten für 3 Tage verwenden zu dürfen; statt dessen wurden 3 Mann je 12 Tage beansprucht; Täter: Fw der betr. Kp.	Keine Schädigungsabsicht; mangelnde Aufsicht des Kp.-Kdt.
D. vom 14.5.41 i. S. R.	Explodieren lassen einer Patr. wodurch 21-tägige Arbeitsunfähigkeit des Täters.	Täter: Rekrut; eigene Folgentragung (Selbstverletzung) gute zivile und militärische Qualifikation.
D. vom 22.1.41 i. S. H.	Verkauf der unpassenden gefassten Marschschuhe; nach Anzeige Rückkauf.	Fassung unpassender Marschschuhe; Tatsache des Rückkaufes.
5 vom 17.6.40 i. S. L.	Nach Dispensation durch U.C. Nichtheimfahren, Uniformtragen noch 5 Tage; kein widerrechtl. finanz. Vorteil.	obj. und subj. leichter Fall; gute Qualifikation.
6 vom 18.6.41 i. S. G.	Nichtvornahme der Einrückung - u. Putzarbeiten an den beiden Dienstpferden.	Krimineller Arrest: Schon früher wegen gleicher Widerhandlung durch Kdt. diszipliniert unter Androhung gerichtlicher Beurteilung; obwohl dieser Fall obj. leichter als die früheren Widerhandlungen, doch krimineller Natur wegen Rückfall (Art. 44 und 46).

6 vom 3.4.41 i. S. R.	Trinken in Wirtschaft (1/4 Std.), die zugleich Kanton. der Truppe ist, nach Zimmerverlesen auf dem Weg zum Abort.	Trotz militär.-gerichtl. Vorstrafen leichter Fall: „Ist der Fall obj. betrachtet ein leichter, so hat eine disziplinar. Erledigung Platz zu greifen."
6 vom 16.12.40 i. S. B.	Mehrfache freche Antworten gegenüber Vorgesetzten vor der Truppe.	2 Monate Gefängnis, 1 Jahr Einstellung i. d. bürg. Ehrenfähigkeit: Täter betreibt Frechheit gegen Vorgesetzte als Sport; trotz gutem zivilem Leumund.

Art. 73 MStr.G.B. (Missbrauch und Verschleuderung v. Material):

D. vom 23.4.41 i. S. N.	Karabinerbeschädigung bei Wutanfall infolge Missgeschick (Schaden Fr. 30.-).	Verminderte Zurechnungsfähigkeit.
3A vom 18.7.41 i. S. W.	Benutzung des Militärpersonenwagens für Privatzwecke.	1 Monat Gefängnis bedingt vollzogen: nicht leichter Fall, da Täter Offizier ist.
MKG II 44.	Mutwilliges Verschiessen unrechtmässig zurückbehaltener Munition auf der Heimreise ist nicht leichter Fall (betr. auch Art. 72 MStr.G.B.).	

Art. 76 MStr.G.B. (Wachtvergehen):

D. vom 2.12.40 i. S. M.	Auf Wache Kommandierter verlässt Kant.-Rayon und tritt als Wachtposten 1/2 Stunde zu spät an.	Zivil und militärisch nicht vorbestraft, Jugend.
D. vom 3.6.40 i. S. R.	Sitzen im Schildwachhaus Helm und Karabiner abgestellt.	Täter nicht ausser Stand, seine Wachtpflicht zu erfüllen.
D. vom 29.5.40 i. S. S.	Entfernung aus dem Wachtlokal während 2 Stunden auf Rufweite.	Täter nicht ausser Stand, seine Wachtpflicht zu erfüllen.
D. vom 13.12.39 i. S. S.	Wachtkdt. trinkt Alkohol.	u.a. seitheriges Wohlverhalten.
3A vom 9.7.41 i. S. S. B. und B.	Entfernung vom Wachtlokal während 1 Std. in Wirtschaft ausserhalb Rayon.	Täter wurden durch Anderen verführt; keine disziplin. Vorstrafen.

3 A vom 6.7.40 i. S. S. und H.	Lesen und Ablegen von Helm und Karabiner bei Bewachung von Munitions-Depot 5 km von der Nordgrenze entfernt.	Täter nicht ausser Stand, ihre Wachtpflicht zu erfüllen.
3 B vom 24.5.41 i. S. Z.	Entfernung vom Wachtpatr.-Weg 30-40 m., Sichabwenden vom Objekt; 1 Zivilist betritt Areal unbemerkt.	4 Wochen Gefängnis militärisch vollzogen: Wichtigkeit des zu bewachenden Objektes (Simplonportal); trotz bester Qualifikation.
4 vom 23.1.41 i. S. S.	Auf Wache Kommandierter verlässt Wachtlokal und begibt sich auf 1 Stunde in 5 - 10 Minuten entfernte Wirtschaft.	u. a. Wachtkommandant war dabei.
4 vom 27.8.40 i. S. B.	Absitzen und Helmablegen auf Wachtposten in selbst angefertigtem Versteck.	Allgem. ungenügende Organisation und Instruktion der betr. Truppe über Wachtdienst (Selbstablösung); leichter Fall trotz mangelhafter soldatischer Gesinnung des Täters.
5 vom 11.3.40 i. S. B.	Wachtkdt. schläft im Wachtlokal statt wach zu sein.	Obj. schwer, subj. leicht: Übermüdung, gute militär. und zivile Qualifikation.

Art. 78 (Fälschung dienstlicher Aktenstücke):

D. vom 11.3.41 i. S. K.	Eigenmächtige Verlängerung des Urlaubspasses und Selbsteinschreiben auf Präsenzliste zum voraus; Täter: Jugendl. Interniert. (Betr. auch Art. 84 MStr.G.B.).	Jugend des Täters.
6 vom 18.3.41 i. S. S.	Fälschung des eigenen Standblattes um 3 Punkte zur Erlangung des Schützenabzeichens.	1 Monat Gefängnis bedingt vollzogen: Spezial- u. Generalprävention; von der Standblattführung hängt Schiessausbildung ab; Täter zeigt Reue und ist nicht vorbestraft.

Art. 80 (Trunkenheit):

D. vom 16.9.39 i. S. F.	(in Verbindung mit Art. 84 MStr.G.B.).	u. a. Vorschlag des Einheitskdt. auf disziplinarische Abwandlung der Angelegenheit.
3 B vom 20.9.40 i. S. E.	nach sanitar. Ausmusterung im Stich lassen der militär. Effekten; Täter: HD	4 Wochen Gefängnis bedingt vollzogen; schwerer Fall weil im Zeitpunkt der Remobilmachung begangen (trotz der erfolgten Ausmuster.).
3 B vom 28.8.40 i. S. B.	nach Entlassung Einschlafen auf Gasse in Stadt, ungebührliches Betragen gegen Polizeiorgane.	nach Entlassung begangen; nicht schlechter Leumund.
3 B vom 6.7.40 i. S. L.	(in Verbindung mit Art. 84 MStr.G.B.).	u.a. um zu verhüten, dass früher bedingt ausgesprochene Strafe vollzogen werden muss (Ablauf der Bewährungsfrist steht kurz bevor) (Art. 44-46 MStr.G.B.).

Art. 82 (Dienstversäumnis):

D. vom 31.10.40 i. S. W.	Nichteinrücken infolge Lesen des falschen Aufgebotsplakates.	Beschränktheit, guter Leumund.
D. vom 22.8.40 i. S. E.	Nichteinrücken zum Aktivdienst, da ohne Dienstbüchlein; unterlässt Erkundigung.	HD, der seit 12 Jahren keinen Dienst mehr geleistet hat.
3B vom 24.5.41 i. S. I.	Nichteinrücken zur Kriegs-Mobilmachung 1939; erkundigt sich beim Sekt.-chef zu spät.	2 Monate Gefängnis militärisch vollzogen, trotz bester Qualifikation.
5 vom 6.7.40 i. S. G.	Rückt zur Remobilmachung im Frühling 1940 2 1/2 Tage zu spät ein; Besuch von Wirtschaften und Verlust des Dienstbüchleins, das Täter 1 Tag lang sucht; rückt aus eigenem Antrieb ein.	obj. schwer, subj. leicht: Täter stammt aus sozialen Missverhältnissen und ist haltloser Charakter.

Art. 84 (Unerlaubte Entfernung):

D. vom 11.6.41 i. S. St.	Vom Hauptverlesen bis nach 2400 Uhr ausserhalb Rayon.	Motiv: Familienbesprechung; guter militärischer und ziviler Führungsbericht.
D. vom 4.3.41 i. S. L.	Auf Wache Kommandierter rückt 1 1/2 Std. zu spät in angetrunkenem Zustand ein und versäumt dadurch 1/2 Std. Postenstehen.	Fahrlässigkeit.
D. vom 4.3.40 i. S. Z.	Täter: Heerespolizist.	u. a.: Gerichtliche Bestrafung hätte Verlust der zivilen Anstellung als Polizist zur Folge.
D. vom 22.1.40 i. S. B.	Entfernung vom Truppen-Standort nachts bis 0220 Uhr in Zivilkleidung.	u. a.: Mit Rücksicht auf die erfolgte disziplinarische Bestrafung des Komplizen.
3 A vom 20.7.40 i. S. W.	Einrücken 0030 Uhr.	1 Monat Gefängnis, da bereits zwei Mal disziplinarisch bestraft.
4 vom 8.11.40 i. S. F.	1 1/2 Tage bis Täter aufgegriffen wurde; Täter: HD.	obj. schwer, subj. leicht: freiwilliger Dienst; wäre entlassen worden, wenn er sich gemeldet hätte, da Arbeit gefunden; Depression.
5 vom 10.9.40 i. S. M.	Entfernung vom Pikettdienst bei Interniertenwache ausserhalb Rayon fast 24 Stunden.	obj. schwer, subj. leicht; guter militärischer und ziviler Führungsbericht.
7 A vom 19.6.41 i. S. R.	Ob Fall leicht oder schwer ist, richtet sich wesentlich danach, ob wichtiger Dienst versäumt worden ist oder nicht.	
8 vom 16.6.41 i. S. T.	Arbeitsurlaubüberschreitung um 20 Tage.	Täter: HD, 19-jährig, im freiwilligen Dienst, Leumund und bisherige militärische Führung gut.

Art. 96 (Dienstpflichtbetrug):

D. vom 19.10.39 i. S. M.	Aufforderung seiner Ehefrau, Telegramm in Dienst zu senden, ihre Niederkunft stehe bevor, zwecks Urlaubserwirkung, was Ehefrau ausführt.	Versuch (Urlaub wurde nicht erteilt); Schwangerschaft besteht zwar nicht, wohl aber teilweise Arbeitsunfähigkeit.
6 vom 9.4.41 i. S. D.	Ob leichter oder schwerer Fall vorliegt, beurteilt sich weniger nach der Dauer der versäumten Dienstzeit, als vielmehr nach der Intensität des deliktischen Willens.	

Art. 101 (Beschimpfung einer Militärperson):

D. vom 19.9.40 i. S. S.	Äusserung, Armee stehe nur im Dienst wegen einigen höheren Offizieren.	Beleidigungsvorsatz fehlt; prahlerische und leichtfertige Äusserung.

Art. 108 (Ungehorsam gegen besondere Anordnungen):

D. vom 18.12.40 i. S. M.	Besuch des Ehegatten im Dienst trotz Kenntnis des Besuchsverbotes.	Hysterie; viele andere Fälle, die nicht bestraft worden sind.

Art. 122 (Einfache Körperverletzungen, Tätlichkeiten):

D. vom 3.2.41 i. S. L.	Landjäger gegen Soldat.	Kein bleibender Nachteil; Provokation.

Art. 129 (Diebstahl) [58]:

D. vom 16.4.41 i. S. B.	Holz (Wert: Fr. 20.-) Täter: Jugendliche Zivilperson.	Opfer schlechten Beispiels, geistige Zurückgebliebenheit (Art. 14 MStr. G.B.).
2 B vom 21.8.40 i. S. H.	Auch Quartierdiebstahl ist grundsätzlich disziplinarischer Abwandlung zugänglich.	

---

58) Im bürgerlichen Strafrecht sind Diebstähle zum Nachteil von Nahestehenden im allgemeinen privilegiert (vgl. z.B. Art. 137 Ziffer 3 des schweizerischen Str.G.B.); Kameraden- und Quartierdiebstähle des MStr.G.B. dagegen sind qualifizierte Fälle.

3 A vom 27.7.40 i. S. E.	Kameradendiebstähle (Fr. 5.- und Fr. 4.-) Täter: Unteroffizier.	Mittellosigkeit, gute Qualifikation; Truppe soll nicht guten Unteroffizier verlieren.
3 B vom 24.1.41 i. S. B.	Lebensmittel (Wert: Fr. 3.20) Täter: Küchenchef, der Mitgewahrsam hatte.	1 Monat Gefängnis bedingt vollzogen; nicht leichter Fall, da Täter Küchenchef ist; trotz guter Qualifikation.
4 vom 12.9.40 i. S. L.	Abfallholz (Wert: Fr. 24.80) Täter: HD.	Notlage infolge unverschuldeter Arbeitslosigkeit; guter Leumund.
6 vom 27.6.41 i. S. M.	Auch wiederholte Diebereien in einem Fr. 5.- nicht übersteigenden Betrag sind in der Regel als leichter Fall zu qualifizieren, namentlich wenn es sich um Esswaren handelt.	
6 vom 4.11.40 i. S. H.	Feldfrüchte (Wert: Fr. 13.10) Täter: HD.	4 Wochen Gefängnis, 1 Jahr Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit, bedingt vollzogen; nicht leichter Fall, da zürcherisches Str.G.B. diesen Tatbestand als qualifiziert betrachtet.
7 B vom 20.5.41 i. S. B.	Kameradendiebstahl (Wert: Fr. 5.-); nach Anzeige zurückerstattet; Täter Rekrut.	1 Monat Gefängnis bedingt vollzogen; nicht leichter Fall, da Kameradendiebstahl; trotz geringem Betrag, Unausgebildetheit, Vorstrafenlosigkeit und gutem Leumund.

Art. 131 (Veruntreuung).

3 A vom 26.8.41 i. S. F.	Zum Nachteil der Haushalt. Kasse in Soldatenstubenbetrieb (Fr. 50.-).	Mangelnde Aufsicht.

Art. 132 (Unterschlagung, Fundunterschlagung):

3 A vom 14.10.40 i. S. W.	Aneignung einer im Kantonnement gefundenen Uhr.	3 Wochen Gefängnis bedingt vollzogen; nicht leichter Fall: Täter musste Bewusstsein haben, dass Uhr Kamerad gehört; Wert der Uhr.

Art. 133 (Sachentziehung):

D. vom 23.4.41 i. S. H.	Fahrrad.	Keine Beschädigung; kurze Dauer der Sachentziehung.

Art. 134 (Hehlerei):

3A vom 18.8.41 i. S. L.	Wein und Kirsch (Wert: Fr. 26.55).	Motiv: Kameradschaftlichkeit; gute Qualifikation.

Art. 135 (Sachbeschädigung):

D. vom 28.3.41 i. S. K.	Zerbrechen einer Waschschüssel in angetrunkenem Zustand (Wert: Fr. 40.-) (in Verbindung mit Art. 80).	Leistung von Schadenersatz.

Art. 136 (Betrug):

D. vom 10.9.41 i. S. M.	Unbefugtes Uniformtragen mit Bahnbetrug (Wert: Fr. 6.85) (in Verbindung mit Art. 72).	Geistige Unbeholfenheit; geringer Schaden.
D. vom 11.6.41 i. S. F. u. Con.	Private Telefongespräche mit Trp.-Gutschein (in Verbindung mit Art. 72 u. 78)	
	a) ohne Fälschung des Tf.-Kontrollheftes,	Geringer Schaden, gute Qualifikation;
	b) unter falscher Namensangabe im Telefonkontrollheft.	Überweisung an das Militärgericht.
3A vom 14.7.41 i. S. L.	Uniformtragen im Urlaub zwecks billigerem Kinoeintritt (Deliktsbetrag: Fr. -.60) (in Verbindung mit Art. 72).	1 Monat Gefängnis; obj. leicht, subj. schwer: Täter Korporal, Gewinnabsicht, militärische Vorstrafe.

Art. 138 (Marode):

2B vom 11.12.40 i. S. M.	Unbewilligtes Schlagen einer Tanne mit Verdecken des Strunkes (Komp.-Brennholz); Täter: Fw.	Im Diensteifer begangen; Schaden ist nicht entstanden, da Tanne günstig verkauft werden konnte.

Art. 146 (Üble Nachrede):

D. vom 23.10.40 i. S. N.	Schreiben an General gegen schweizer. Offizier; Täter: Zivilist.	Rückzug der Äusserung.

Art. 148 (Beschimpfung):

D. vom 4.12.40 i. S. W.	gegen Rekruten; Täter: junger Sub. Of.	obj. schwer, subj. leicht: Reue, gute Qualifikation.
6 vom 9.7.41 i. S. F.	gegen eigenen Einheitskdt.; Täter: Wm.	teilweise nicht ungerechtfertigte Missstimmung des Täters gegen Einheitskdt. (Voreingenommenheit desselben gegen den Täter; nicht Provok.).

Art. 149 (Drohung):

D. vom 22.8.41 i. S. W.	gegen die eigene Ehefrau (in Verbindung mit Art. 146).	gespanntes eheliches Verhältnis, Provokation, Notwehr, in dubio mitius.
6 vom 27.6.41 i. S. B.	gegen die Schwiegereltern und die Ehefrau bei ehelichem Streit; gezogenes Bajonett; leicht angetrunkener Zustand (in Verbindung mit Art. 148).	Mitverantwortlichkeit der Bedrohten am ehelichen Streit.

Art. 157 (Widernatürliche Unzucht):

D. vom 6.2.41 i. S. F.	mit Kamerad.	passive Rolle, angetrunkener Zustand, keine bezüglichen bisher. Anstände.

Art. 172 (Urkundenfälschung):

D. vom 23.6.41 i. S. S.	Belastung der Komptabilität durch einzelne fiktive Soldtage für sich und Andern; (in Verbindung mit Art. 78) Täter: Luftschutzhauptmann.	Ungenügende Kenntnis des Rechnungswesens.

3. Weitere grundsätzliche Entscheide.

Im Anschluss an die artikelweise Zusammenstellung sind noch folgende Meinungsäusserungen grundsätzlicher Natur zu erwähnen:

Wenn zwar ein Versuch nicht vorliegt, wohl aber eine Vorbereitungshandlung, dann kann der Täter unter Umständen doch disziplinarisch

bestraft werden, nämlich dann, wenn in der Vorbereitungshandlung ein reiner Ordnungsfehler im Sinne von Art. 180 MStr.G.B. erblickt werden muss (D. vom 17.6.40 i. S. L.).

Sind nicht alle objektiven oder subjektiven Merkmale eines Tatbestandes des speziellen Teiles erfüllt, so kann gegebenenfalls doch Disziplinarstrafe eintreten, wenn sich die Tat als reiner Ordnungsfehler qualifiziert (Art. 180 und 181 MStr.G.B.) (D. vom 16.10.39 i. S. P. u.a.).

Der Grundsatz „in dubio mitius" gilt auch für die Entscheidung der Frage, ob ein leichter oder schwerer Fall vorliegt; nichtsdestoweniger hat der Auditor im Zweifel Anklage zu erheben. (Weisung des Armeeauditors an den Auditor des Ter. Ger. 2 vom 25.1.40).

Der Wunsch des Disziplinarvorgesetzten, der Täter möge nicht dem Militärgericht überwiesen werden, kann in Grenzfällen mitberücksichtigt werden (D. vom 10.6.40 i. S. C. und D. vom 5.1.40 i. S. C.).

Ein Vertrauensmissbrauch ist u.a. ein Grund, einen schweren Fall anzunehmen, selbst wenn der Deliktsbetrag gering ist (3 A vom 12.8.41 i. S. L., bestätigt am 14.8.41 i. S. B.).

Die ausgestandene Untersuchungshaft kann auch auf die Arreststrafe angerechnet werden (4 vom 30.1.41 i. S. K.).

* * *

§ 13. Der Leichte Fall des speziellen Teiles des MStr.G.B.

I. Leichter Fall und schwerer Fall.

1 Das Gesetz stellt grundsätzlich keine näheren Regeln darüber auf, wann -- bei Erfüllung eines Tatbestandes des speziellen Teiles des „Militärstrafrechtes", der disziplinarische Ahndung zulässt -- Kriminalstrafe und wann bloss Ordnungsstrafe eintreten soll, sondern beschränkt sich auf den Satz: „In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung". Ein qualitativer, d.h. tatbeständlicher Unterschied besteht demnach zwischen schwerem und leichtem Fall weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht. Ob ein konkreter Fall schwerer oder leichter Natur sei, ist also Ermessensfrage. Der Gesetzgeber hätte mithin bei allen Tatbeständen des kriminellen Rechtes, die disziplinarische Ahndung zulassen, an Stelle des Satzes „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" praktisch auch eine alternative Strafdrohung aufstellen können [59]). Der Satz „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" schafft demnach weder privilegierte noch selbständige unabhängige Tatbestände, sondern ist als Strafzumessungsnorm zu betrachten. Leichte und schwere Fälle stellen blosse Gradabstufungen des objektiv und subjektiv gleichen gesetzlichen Tatbestandes dar. Von einem leichten Fall beispielsweise von Ungehorsam kann daher als besonderem gesetzlichem Tatbestand überhaupt nicht gesprochen werden, sondern es handelt sich auch hier rechtlich um den Tatbestand des Ungehorsams im Sinne von Art. 61 Ziffer 1 Absatz 1 MStr.G.B. Wie sich aus der vorstehenden Darstellung der Praxis ergibt, stehen auch die Militärgerichte auf diesem Standpunkt: Ob im Einzelfall

59) Vgl. oben § 10 II 2.

ein schwerer oder leichter Fall vorliegt, ist Ermessensfrage, die als solche der oberinstanzlichen Beurteilung grundsätzlich nicht unterliegt.
Mangels jeglicher tatbeständlichen Abgrenzung steht auch nicht fest, ob der Einzelfall subjektiv oder objektiv leicht oder aber in beider Hinsicht geringfügig sein muss, damit Ordnungsstrafe eintreten kann. Die Praxis hat verschiedentlich schon dann einen leichten Fall angenommen, wenn bloss subjektive oder nur objektive Geringfügigkeit vorlag, anderseits eine Tat als schweren Fall qualifiziert, obwohl entweder in objektiver oder in subjektiver Hinsicht die Widerhandlung als leicht erschien. Praktisch ist diese Frage in der Regel nicht von erheblicher Tragweite, da die Grenzziehung zwischen „schwer" und „leicht" sowohl in objektiver als auch in subjektiver Beziehung wiederum Sache des freien richterlichen Ermessens ist. -- Der Umstand, dass das Gesetz den leichten Fall weder nach der objektiven noch nach der subjektiven Seite näher umschreibt, bedeutet, dass die Wertung einer strafbaren Handlung als „leicht" oder „schwer" durch das Gericht nach freiem Ermessen zu geschehen hat. Würde daher ein Militärgericht das Prinzip aufstellen, dass ein leichter Fall nur dann vorliege, wenn der konkrete Fall z. B. objektiv leicht erscheine, so käme dies einer Aufstellung von Schranken gleich, die dem MStr.G.B. fremd sind. Eine derartige Argumentierung würde also -- wie wir oben bei der Darstellung der Praxis des MKG gesehen haben -- eine Verletzung des Strafgesetzes im Sinne von Art. 188 Ziffer 1 MStr.G.O. bedeuten (Ermessensmissbrauch).

2 Ausschliesslich von theoretischer Bedeutung ist die Frage, ob ein begangenes Delikt, das als leichter Fall durch das Militärgericht oder den zuständigen Kommandanten disziplinarisch erledigt worden ist, als Verbrechen bezw. Vergehen oder aber als Übertretung zu betrachten sei: Das Verfahren

nach dem Urteil (Vollstreckung) wie auch jede andere Rechtsfolge (z.B. die Strafvollstreckungsverjährung, der Rückfall oder die Begnadigung) richtet sich vom Zeitpunkt des Eintrittes der Rechtskraft an nicht mehr nach der Natur des Deliktes als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung, sondern nur mehr nach der Deliktsfolge, d.h. nach der ausgesprochenen Strafe.

Nach der herrschenden Doktrin wird die Natur des im Einzelfalle begangenen Deliktes als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung nicht durch die verwirkte Strafe, sondern durch das Höchstmass der angedrohten Strafe bestimmt [60]). Da nun der Satz „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" bloss als Strafzumessungsnorm betrachtet werden kann, bezw. einer alternativen Strafdrohung gleichzustellen ist, käme mithin jeder begangenen strafbaren Handlung, die einen Tatbestand des kriminellen Rechtes erfüllt, im Sinne dieser Theorie auch dann die Natur eines Verbrechens oder Vergehens zu, wenn im Einzelfall infolge Vorliegens eines leichten Falles nur disziplinarische Bestrafung eintritt.

Aus der späteren Gegenüberstellung von leichtem Fall und reinem Ordnungsfehler wird sich indessen ergeben, dass die leichten Fälle richtigerweise -- soweit wenigstens der Satz „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" als blosse Verweisung auf die Disziplinarstrafordnung, insbesondere auf Art. 180 MStr.G.B. zu betrachten ist -- doch den Ordnungsfehlern, d.h. den Übertretungen des MStr.G.B. zuzuzählen sind. Massgebend ist also hier nicht die angedrohte Höchststrafe (Kriminalstrafe), sondern die im Einzelfall ausgesprochene Strafe (Disziplinarstrafe), bezw. als angedrohte Höchststrafe ist nicht die betreffende kriminelle Strafe, sondern die Ordnungsstrafe selbst zu betrachten. Obwohl auch dann ein Tatbestand des speziellen Teiles des Gesetzes erfüllt ist, wenn sich die Tat

60) Vgl. oben § 2 A.

als leicht qualifiziert, handelt es sich bei den leichten Fällen also trotzdem nur um Übertretungen, soweit die oben genannte Voraussetzung zutrifft[61]). Es ist daran zu erinnern, dass sich die Übertretungen von den Verbrechen und Vergehen nicht notwendigerweise qualitativ, d.h. tatbeständlich unterscheiden, sondern unter Umständen auch bloss quantitativ[62]).

II. Die im speziellen Teil des MStr.G.B. vorgesehenen Tatbestände und der Disziplinarfehler (Art. 180 MStr.G.B.).

Zur Unterscheidung dieser beiden Deliktsgruppen kann die Verschiedenheit der Straffolgen nicht herbeigezogen werden[63]), schon deshalb nicht, weil viele Delikte des speziellen Teiles -- wenn sie sich im Einzelfalle als leicht qualifizieren -- die gleichen Rechtsfolgen nach sich ziehen wie die Ordnungsfehler, nämlich gerichtliche Freisprechung mit nachfolgender Disziplinarstrafe bezw. Verhängung einer Ordnungsstrafe durch den militärischen Vorgesetzten ohne Voruntersuchung oder doch ohne Anklageerhebung. Es ist daher zu prüfen, ob ein qualitativer rechtlicher Unterschied zwischen den Tatbeständen des speziellen Teiles und dem Tatbestand des Disziplinarfehlers im Sinne der Disziplinarstrafordnung besteht.

1. In objektiver Hinsicht.

Art. 180 MStr.G.B. umschreibt den Disziplinarfehler sowohl positiv im Sinne einer Tatbestandsnorm, als auch negativ in der Weise, wann eine strafbare Handlung nicht als Ordnungsfehler bestraft werden dürfe:

---

61) Anderer Ansicht Eugster S. 98 (betr. altes MStr.G.B.).
62) Hafter, Allgemeiner Teil S. 90.
63) Vgl. oben § 2 B.

a. Disziplinarfehler sind Zuwiderhandlungen gegen die Befehle der Vorgesetzten, gegen allgemeine Dienstvorschriften oder überhaupt gegen die militärische Zucht und Ordnung;
b. Nicht als Disziplinarfehler sind diejenigen Widerhandlungen zu bestrafen, die als Verbrechen oder Vergehen kriminelle Strafe erfordern.

Prüfen wir nun die zahlreichen möglichen engeren (konkreten) Tatbestände, die alle unter den weiteren (abstrakten) Tatbestand des Disziplinarfehlers im Sinne von Art. 180 MStr.G.B. fallen können, so ergibt sich zweifellos, dass ein solcher wohl kaum gefunden werden könnte, der sich nicht zugleich mit einem Tatbestand des kriminellen Rechtes bei dessen weitester Auslegung decken würde. Der Grund liegt darin, dass auch der besondere Teil des Gesetzes Tatbestände kennt, die ausserordentlich weit gefasst sind, bezw. weiter Auslegung fähig sind. So räumt beispielsweise Art. 72 MStr.G.B. (Nichtbefolgung von Dienstvorschriften) der Auslegung einen sehr weiten Spielraum ein, weil der Begriff der „anderen allgemeinen Dienstvorschrift" im Gegensatz zum Begriff des „Reglementes" nicht feststeht[64]). Als „andere allgemeine Dienstvorschrift" könnte mithin auch eine ungeschriebene Dienstvorschrift betrachtet werden oder eine solche, die sich aus dem Sinn eines Reglementes, z.B. des DR ergibt. Bei extensiver Interpretation der „anderen allgemeinen Dienstvorschrift" und restriktiver Auslegung der „militärischen Zucht und Ordnung"[65]) decken sich die beiden Begriffe: Jede Zuwiderhandlung gegen militärische Zucht und Ordnung gemäss Art. 180 MStr.G.B. er-

64) Extensive Interpretation ist im Strafrecht -- im Gegensatz zur Analogie -- grundsätzlich zulässig: Hafter, Allgemeiner Teil Seite 12 ff., Rieter, Seite 86 ff.

65) Restriktive Interpretation des Begriffes „militärische Zucht und Ordnung" erscheint uns notwendig, vgl. oben § 3.

scheint in diesem Sinne grundsätzlich zugleich als Nichtbefolgung von Dienstvorschriften gemäss Art. 72 MStr.G.B. Der Umstand, dass das Gesetz in allgemeiner Weise von „militärischer Zucht und Ordnung" spricht, bedeutet nicht notwendigerweise, dass unter den Begriff des Disziplinarfehlers auch andere Handlungen fallen müssen, als das kriminelle Recht sie in seinen einzelnen Tatbeständen bereits vorsieht. Aus den weiteren Ausführungen wird vielmehr hervorgehen, dass Art. 180 MStr.G.B. einen Sammeltatbestand darstellt und daher einen möglichst allgemeinen Begriff des verletzten Rechtsgutes aufstellen muss. -- Als Ordnungsfehler gilt nach dem Gesetzestext im weitern die Nichtbefolgung von Befehlen der Vorgesetzten und von allgemeinen Dienstvorschriften. Worin nun hier ein rechtlicher, d.h. tatbeständlicher Unterschied zu Art. 61 MStr.G.B. (Ungehorsam) und Art. 72 MStr.G.B. (Nichtbefolgung von Dienstvorschriften) liegen soll, ist nicht erfindlich: Die grössere oder geringere Wichtigkeit eines Befehles oder einer allgemeinen Dienstvorschrift oder das Mass der Abweichung von dem pflichtgemässen Verhalten bilden zweifellos keine tauglichen Merkmale zur scharfen Abgrenzung des Ordnungsfehlers von den beiden genannten Tatbeständen des kriminellen Rechtes.

Die Disziplinarfehler unterscheiden sich demnach offensichtlich nicht rechtlich, d.h. tatbeständlich von den entsprechenden Tatbeständen des besonderen Teiles des MStr.G.B., sondern stellen -- wie die leichten Fälle -- nur Gradabstufungen der betreffenden kriminellen Delikte dar. Diese Auffassung steht keineswegs im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 180 MStr.G.B., stellt doch diese Bestimmung ausdrücklich die Norm auf, dass sich eine Tat als Disziplinarfehler qualifiziere, wenn sie nicht als Verbrechen oder Vergehen strafbar sei. Ein Widerspruch zum Gesetze bestünde, wenn Art. 180 MStr.G.B. bestimmen würde, ein Ordnungsfehler sei nur dann gege-

ben, wenn nicht der Tatbestand eines Verbrechens oder Vergehens erfüllt sei. Die Systematik des Gesetzes, die dem kriminellen „Militärstrafrecht" die „Disziplinarstrafordnung" als gleichberechtigt gegenüberstellt, bildet zweifellos kein ernstliches Hindernis, die Ordnungsfehler als blosse Gradabstufungen gewisser krimineller Tatbestände zu betrachten, da der Gesetzgeber diese beiden Rechtsgebiete offenbar mit Rücksicht auf die grundsätzliche Verschiedenheit des Verfahrens (Zuständigkeit und Prozessgang) in dieser Weise getrennt hat [66]).

Ein Disziplinarfehler im Sinne von Art. 180 MStr.G.B. liegt nun sicherlich nicht nur dann vor, wenn zugleich entweder der Tatbestand des Ungehorsams (Art. 61) oder der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72) erfüllt ist, sondern kann auch dann zutreffen, wenn ein anderes eigentliches oder uneigentliches militärisches Delikt in dessen leichtester Form begangen wird [67]), denn alle diese spezifisch militärischen Tatbestände stellen Ungehorsamsdelikte im weiteren Sinne des Wortes dar [68]).

Die Praxis hat mehrfach dann einen reinen Ordnungsfehler angenommen, wenn die objektiven Tatbestandsmerkmale eines Verbrechens oder Vergehens im konkreten Falle nicht alle erfüllt waren und mithin weder ein schwerer noch ein leichter

---

66) Der Titel des 2. Buches des MStr.G.B. lautet denn auch auf Disziplinarstrafordnung.

67) Art. 61 - 114 MStr.G.B.; über die Einteilung der strafbaren Handlungen des MStr.G.B. in eigentliche militärische Delikte (Art. 61 - 85), uneigentliche militärische Delikte (Art. 86 - 114) und gemeine Delikte (Art. 115 - 179 bis) vgl. Eugster in ASMZ 1928 S. 274 ff. und Herzog in ASMZ 1928 S. 297 ff.

68) In diesem Sinne qualifiziert sich z. B. (in objektiver und subjektiver Hinsicht) jede geringste Nachlässigkeit im Unterhalt des Materials (Corpsmaterial und persönliche Ausrüstung), die als Ordnungsfehler beurteilt wird, als Missbrauch und Verschleuderung von Material (Art. 73 MStr.G.B.).

Fall des betreffenden Deliktes gegeben war: wenn z. B. bei Trunkenheit (Art. 80) ein öffentliches Ärgernis nicht erregt worden war [69]) oder bei Dienstversäumnis (Art. 82) der Betreffende ein Aufgebot zwar nicht erhalten hatte, jedoch durch Drittpersonen erfahren hatte, dass seine Einheit sich im Dienste befand [70]). In allen diesen Fällen scheint es nun allerdings, als ob die Disziplinarstrafe lediglich auf Grund von Art. 180 MStr. G.B. als selbständigem Tatbestand ausgesprochen werden könnte. Aber auch hier tritt Art. 180 nicht als selbständiger Tatbestand auf, sondern nur als blosse Gradabstufung, z.B. der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72).

2. In subjektiver Hinsicht.

Die Begehung von kriminellen Delikten zieht grundsätzlich nur dann Bestrafung nach sich, wenn die strafbare Handlung vorsätzlich verübt worden ist (Art. 15 Absatz 1 MStr.G.B.). Zur Bestrafung des Ordnungsfehlers genügt nun aber die bloss fahrlässige Begehung (Art. 181 Absatz 1 MStr.G.B.). Die Praxis hat daher verschiedentlich eine Tat als Disziplinarfehler betrachtet, bei welcher die objektiven Merkmale eines Tatbestandes des besonderen Teiles zwar vorlagen, die aber nur fahrlässig begangen worden war [71]). Wenn also das Moment der Schuld als Tatbestandsmerkmal betrachtet wird [72]), dann kommt dem Disziplinarfehler (Art. 180) immer dann die Natur eines selbständigen Tatbestandes -- nicht einer blossen Gradabstufung eines kriminellen Tatbestandes -- zu, wenn Fahrlässigkeit vorliegt, der entsprechende Tatbestand des besonderen Teiles des MStr.G.B. dagegen nur bei vorsätzlicher Begehung erfüllt ist und daher überhaupt nicht zur Anwendung gelangen

69) Disziplinarabwandlungsvertügung des Armeeauditors i. S. P.
70) Disziplinarabwandlungsverfügung des Armeeauditors i. S. D.
71) MKG II 57.
72) Vgl. Thormann und v. Overbeck zu Art. 9 Anmerkung 1.

könnte. Art. 180 MStr.G.B. ist demnach -- wenigstens in objektiver Hinsicht -- als Sammeltatbestand der leichtesten Erscheinungsformen gewisser krimineller Delikte zu betrachten, dessen Aufstellung mit Rücksicht auf die systematische Ausscheidung der Disziplinarstrafordnung im MStr.G.B. als notwendig erscheint, der inhaltlich aber nur eine Wiederholung bedeutet. Trotzdem also die Ordnungsfehler wie die leichten Fälle des besonderen Teiles nur als Gradabstufungen gewisser krimineller Tatbestände zu betrachten sind, stellt die Gesetzgebung doch eine ganz besondere, vom kriminellen Recht abweichende Normierung des Disziplinarfehlers nicht bloss in prozessualer (Freispruch statt Verurteilung), sondern auch in materieller Hinsicht auf (abgesehen von den Strafen und der Strafvollstreckungsverjährung insbesondere eine eigene Strafverfolgungsverjährung). Diese besondere Regelung erfolgte indessen offenbar aus rein praktischen Erwägungen.

Wir haben oben festgestellt, dass Art. 180 MStr.G.B. einen Blankettatbestand aufstellt und dass der Disziplinarvorgesetzte oder das Militärgericht in jedem einzelnen Falle den engeren konkreten Tatbestand durch Auslegung selbst zu finden hat. Da sich nun aber die Ordnungsfehler einzig als die leichtesten Erscheinungsformen gewisser krimineller Tatbestände darstellen, darf umgekehrt als engerer Tatbestand nicht jede beliebige unbotmässige Handlung betrachtet werden. Ein Disziplinarfehler liegt vielmehr nur dann vor, wenn die betreffende Tat bei weiter Auslegung des Gesetzes zugleich einen kriminellen Tatbestand objektiv noch erfüllt [73]).
Auch die Praxis steht - wie aus deren Darstellung hervorgeht -

73) Diese Erkenntnis ist allerdings nicht geeignet, die Grenzen des Begriffes des Disziplinarfehlers praktisch festzulegen, da -- wie wir oben ausgeführt haben -- auch die kriminellen Tatbestände teilweise weitester Auslegung zugänglich sind.

offenbar auf dem Standpunkt, dass ein rechtlicher qualitativer Unterschied zwischen kriminellem Tatbestand und Ordnungsfehler nicht besteht: Die neuere Praxis hat erkannt, dass eine strafbare Handlung krimineller Natur sein könne, obwohl sie sich objektiv als Disziplinarfehler qualifiziere, z.B. bei Begehung eines Ordnungsfehlers im Rückfall und zwar selbst dann, wenn die zur Beurteilung stehende neue Widerhandlung objektiv leichter erscheint als die früher begangenen Disziplinarfehler oder aber mit Rücksicht auf Realkonkurrenz verschiedener geringfügiger Fälle. Ob sich eine strafbare Handlung als Ordnungsfehler oder aber als Delikt im Sinne des besonderen Teils des MStr.G.B. qualifiziert, ist mithin grundsätzlich Ermessensfrage, wenn der in Frage stehende kriminelle Tatbestand in leichten Fällen disziplinarische Ahndung zulässt [74]) und die Tat entweder vorsätzlich begangen worden ist oder zwar fahrlässig begangen worden ist, der entsprechende kriminelle Tatbestand jedoch auch die fahrlässige Begehung unter Strafe stellt.

III. Leichte Fall und Disziplinarfehler.

Wir haben oben festgestellt, dass sowohl der leichte Fall als auch objektiv der Disziplinarfehler materiell weder als selbständige noch als privilegierte Tatbestände betrachtet werden können, sondern vielmehr -- mangels objektiver Abgrenzungsmöglichkeit -- als blosse Gradabstufungen gewisser krimineller Tatbestände aufgefasst werden müssen. Die Subsumption einer Tat ist grundsätzlich Rechtsfrage, die Einreihung einer subsumierten strafbaren Handlung in die Kategorie des schweren Falles, leichten Falles oder reinen Ordnungsfehlers dagegen ist -- unter den oben erwähnten Voraussetzungen bezüglich des Disziplinarfehlers -- Ermessensfrage.

---

74) Vgl. unten III am Ende.

Mit Rücksicht auf die gesetzliche Regelung, gemäss welcher sowohl beim leichten Fall als auch beim Ordnungsfehler vor Verhängung der Disziplinarstrafe zunächst gerichtliche Freisprechung zu erfolgen hat, stellt sich die Frage, ob überhaupt ein begrifflicher Unterschied zwischen leichtem Fall und Ordnungsfehler besteht und worin er gegebenenfalls liegt. Wenn ein Unterschied gar nicht besteht, der leichte Fall also als identisch mit dem Disziplinarfehler betrachtet wird, dann müsste der Satz „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" stets als blosse Verweisungsbestimmung auf die Disziplinarstrafordnung aufgefasst werden, was folgende Konsequenzen hätte:

a. Erscheint ein begangenes Delikt nur leicht im Sinne eines leichten Falles, dann ist die Einleitung weder eines gerichtlichen noch eines disziplinarischen Verfahrens notwendig (Wegfall des Offizialprinzipes);
b. Die Beurteilung der leichten Fälle ist von Gesetzes wegen Sache der Disziplinarvorgesetzten;
c. Die Verfolgungsverjährung mit Bezug auf die leichten Fälle richtet sich nicht mehr nach kriminellem, sondern nach Disziplinarrecht, was eine Fristverkürzung und den Wegfall einer Verjährungsunterbrechung zur Folge hat (Art. 51 - 53 bezw. Art. 183 Ziffer 1 und 3 MStr.G.B.);
d. In allen leichten Fällen krimineller Delikte -- soweit das Gesetz einen leichten Fall vorsieht -- kann disziplinarische Bestrafung auch bei bloss fahrlässiger Begehung eintreten, namentlich auch dann, wenn das betreffende kriminelle Delikt nur im Falle vorsätzlicher Begehung strafbar ist (Art. 15 Absatz 1 bezw. Art. 181 Absatz 1 MStr.G.B.).

Im weitern stellt sich die Frage, ob der Satz „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" allenfalls nur bei gewissen kriminellen Tatbeständen als blosse Verweisung aufzufassen

sei: In diesem Sinne könnten in erster Linie der Ungehorsam (Art. 61) und die Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72) oder aber alle eigentlichen militärischen Delikte (Art. 61-85) oder endlich sowohl die eigentlichen als auch die uneigentlichen militärischen Delikte (Art. 61-114) als reine Ordnungsfehler im Sinne von Art. 180 MStr.G.B. betrachtet werden, sofern sich entsprechende Widerhandlungen im konkreten Falle als leicht qualifizieren und soweit natürlich die genannten Artikel die Möglichkeit bloss disziplinarischer Ahndung vorsehen.

Die Frage, ob der leichte Fall nicht nur hinsichtlich der Deliktsfolgen, sondern auch tatbeständlich immer oder doch mit Bezug auf einzelne Tatbestände des besonderen Teiles zum Disziplinarrecht gehöre, kann wohl kaum grundsätzlich entschieden werden, sondern ist vielmehr von dem quantitativen Umfange abhängig, der dem Begriffe des Disziplinarfehlers beigemessen wird. Mit Rücksicht auf den Wortlaut von Art. 180 MStr.G.B. muss angenommen werden, dass wenigstens die leichten Fälle von Ungehorsam (Art. 61) und der Nichtbefolgung von Dienstvorschriften (Art. 72) als identisch mit dem reinen Ordnungsfehler im Sinne der Disziplinarstrafordnung zu betrachten sind: Es entspricht wohl kaum dem Willen des Gesetzgebers, dass diese beiden Tatbestände nach schweren, leichten und noch leichteren Fällen, d.h. Ordnungsfehlern unterteilt werden sollen, wenn sich doch die beiden letztgenannten Gradabstufungen nach ihrer Straffolge keineswegs unterscheiden und deren Abgrenzung zum schweren Fall doch nur Sache des freien Ermessens ist. Dagegen erscheint es fraglich, ob der Satz „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" bei den nichtmilitärischen Verbrechen und Vergehen (Art. 115 - 179 bis MStr.G.B.) als Verweisung auf den Disziplinarfehler betrachtet werden darf: Der Umstand, dass z.B. ein geringfügiger Diebstahl mit Ordnungsstrafe belegt werden kann,

vermag der strafbaren Handlung die Natur des Diebstahls nicht zu nehmen und stempelt sie nicht ohne weiteres zur blossen Widerhandlung gegen militärische Zucht und Ordnung. Auch hier handelt es sich indessen um eine Frage der Auslegung von Art. 180 MStr.G.B.

Mit Rücksicht einerseits auf die Identität der Straffolgen von leichtem Fall und Disziplinarfehler sowie im Hinblick auf den Umstand anderseits, dass sich beide nach dem objektiven Tatbestand höchstens quantitativ unterscheiden könnten, d.h. ihre allfällige Unterscheidung regelmässig bloss Sache des freien Ermessens wäre, kommt der Frage, ob und inwieweit die leichten Fälle tatbeständlich mit den Ordnungsfehlern zu identifizieren seien, nur geringe praktische Bedeutung zu. Unabhängig von der Lösung dieser Frage kann dagegen, weil sich der Disziplinarfehler objektiv einzig als leichtere Erscheinungsform gewisser krimineller Tatbestände qualifiziert, angenommen werden, dass bei allen denjenigen Delikten des kriminellen Rechtes, die disziplinarischer Ahndung in leichten Fällen nicht zugänglich sind, auch keinesfalls Bestrafung als Ordnungsfehler eintreten kann [75]).

IV. Das gesetzliche Erfordernis der Freisprechung in leichten Fällen und bei Vorliegen eines Disziplinarfehlers.

Die gesetzliche Regelung, gemäss welcher in leichten Fällen oder bei Vorliegen eines reinen Ordnungsfehlers Freispruch zu erfolgen hat, kann weder in dem Sinne ausgelegt werden, dass die Tatbestände, um derentwillen Disziplinarbestrafung eintritt und die Ordnungsstrafen selbst nicht mehr strafrechtlicher, sondern verwaltungsrechtlicher Natur seien, noch darf daraus der Schluss gezogen werden, dass zwischen schwe-

75) Vgl. auch den Wortlaut von Art. 180 MStr.G.B. am Ende; vorbehalten bleibt die Möglichkeit disziplinarischer Abwandlung auf Grund von Art. 46 und 47 MStr.G.B., vgl. unten § 14.

rem Fall einerseits, leichtem Fall und Disziplinarfehler anderseits ein tatbeständlicher, qualitativer Unterschied bestehe (Art. 160 MStr.G.O.). Freispruch infolge Annahme eines nur leichten Falles oder eines blossen Ordnungsfehlers bedeutet nun zweifellos nicht die Feststellung, dass der betreffende kriminelle Tatbestand überhaupt nicht erfüllt sei, d.h. die Negierung des eingeklagten oder überhaupt eines Tatbestandes des besonderen Teiles [76]), denn sonst würde damit der nachfolgenden Disziplinarbestrafung ihre Grundlage entzogen, was keineswegs dem Sinne des Gesetzes entspräche. Das gesetzliche Erfordernis der Freisprechung von der Anklage lässt sich u. E. in diesen Fällen nur damit begründen, dass das Militärgericht bei Verhängung von Disziplinarstrafen eigentlich Strafkompetenzen ausübt, die grundsätzlich den militärischen Kommandanten zustehen und der Beklagte daher nicht dadurch benachteiligt werden soll, dass seine Angelegenheit irrtümlicherweise dem Gerichte zur Beurteilung überwiesen worden war. Durch das freisprechende Erkenntnis bringt das Militärgericht mithin einzig zum Ausdruck, dass eine kriminelle Strafe nicht einzutreten habe. Rückschlüsse, die auf eine objektive rechtliche Abgrenzung von schwerem Fall, leichtem Fall und Disziplinarfehler abzielen, lassen sich u. E. nicht ziehen. Die Disziplinarstrafkompetenzen der Militärgerichte und damit auch das Erfordernis gerichtlicher Freisprechung in den entsprechenden Fällen wurde offensichtlich nur aus Gründen der Zweckmässigkeit und Billigkeit eingeführt.

V. *Folgerungen.*

Im Anschluss an die Darstellung des leichten Falles ist noch auf zwei verschiedene Punkte näher einzutreten, bezw. zurückzukommen:

1. Das MKG hat sowohl unter der Herrschaft des alten als auch

76) Müller am JR 1940.

des neuen MStr.G.B. erkannt, dass die erstinstanzlichen Militärgerichte nach freiem Ermessen und daher -- sofern nicht Willkür (Ermessensmissbrauch) vorliegt -- endgültig darüber entscheiden, ob im konkreten Falle die eine oder andere Gradabstufung ein und desselben Deliktstatbestandes zutrifft. Da die leichten Fälle blosse Gradabstufungen des entsprechenden kriminellen Tatbestandes sind, unterliegt mithin die Frage, ob ein leichter oder schwerer Fall gegeben sei, der Überprüfung des MKG grundsätzlich nicht.
Da nun nach der oben vertretenen Auffassung nicht nur die leichten Fälle, sondern auch die Disziplinarfehler in der Regel als blosse Gradabstufungen gewisser krimineller Deliktstatbestände zu betrachten sind, kann eine Kassationsbeschwerde also offenbar nicht ergriffen werden mit der Behauptung, das erstinstanzliche Gericht habe zu Unrecht an Stelle eines kriminellen Tatbestandes einen blossen Ordnungsfehler oder statt eines Ordnungsfehlers einen kriminellen Tatbestand angenommen (unrichtige Subsumption der Tat). Die Kassationsentscheide in Sachen Kipfer (1914) und in Sachen Vessaz (1915) [77]) könnten daher u. E. unter dem heute geltenden Rechte zur Stützung eines Kassationsbegehrens nicht mehr angerufen werden.

2. Das bereits früher erwähnte Kreisschreiben des Armeeauditors vom 5. Oktober 1939 weist die Truppenkommandanten an, in allen denjenigen Fällen, die sie als Disziplinarfehler oder leichte Fälle qualifizieren, nicht Befehl zur Anhebung der Voruntersuchung zu geben, sondern das Disziplinarverfahren einzuleiten [78]).
Diese Normierung des leichten Falles beruht offenbar nicht nur auf Erwägungen der Zweckmässigkeit (Raschheit der Beurteilung von Bagatellfällen, Verhütung von Überlastung der

77) Vgl. oben § 9, 2.

78) Vgl. oben § 12, I, 1, a.

Militärgerichte, praktische Unmöglichkeit der Ausscheidung von Ordnungsfehler und leichtem Fall), sondern auch auf der Meinung, dass ein rechtlicher tatbeständlicher Unterschied zwischen schwerem Fall, leichtem Fall und Disziplinarfehler wenigstens in objektiver Hinsicht gar nicht besteht. Es darf dies deshalb angenommen werden, weil einerseits nach der Praxis die leichten Fälle tatbeständlich zu den kriminellen Delikten zählen, anderseits durch dieses Kreisschreiben die leichten Fälle den Ordnungsfehlern gleichgestellt und damit der gerichtlichen Beurteilung zum vornherein entzogen werden. Ist es indessen eine Frage des Ermessens, ob im Einzelfalle ein schwerer Fall, ein leichter Fall oder blosser Ordnungsfehler vorliegt, dann besteht auch gar keine Notwendigkeit, die bei präliminarer Prüfung als „leicht" erscheinenden kriminellen Delikte der gerichtlichen Beurteilung vorzubehalten, gleichgültig ob einzelne oder alle verschiedenen im speziellen Teil des Gesetzes vorgesehenen leichten Fälle als mit dem reinen Disziplinarfehler identisch betrachtet werden oder nicht. Das erwähnte Kreisschreiben steht daher weder im Gegensatz zum Sinne des MStr.G.B., noch widerspricht es der modernen Praxis der Militärgerichte.

§ 14. Der leichte Fall des allgemeinen Teiles des MStr.G.B.

I. Wesen.

Wir haben oben festgestellt, dass sich -- nach Auffassung der herrschenden Doktrin -- die Qualifikation eines Deliktes als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung nach dem Höchstmass der im besonderen Teil eines Gesetzes angedrohten Strafe richtet und dass die Natur des Deliktes in allen seinen Erscheinungsformen des allgemeinen Teiles, auch wenn für diese eine mildere Bestrafung vorgesehen ist, erhalten bleibt [79]). Offenbar in Anwendung dieser Erkenntnis hat die Militärju-

79) Vgl. oben § 2 A.

stizpraxis -- wenn auch nicht einhellig -- erkannt, dass bei Anwendung der begrenzten und unbegrenzten Strafherabsetzung (Art. 46 und 47 MStr.G.B.) [80]) selbst bei Herabgehen auf Arreststrafe der kriminelle Charakter eines Deliktes gewahrt bleibe und daher in diesen Fällen zu Arreststrafe zu verurteilen sei (sogenannter „krimineller Arrest"). Das Gesetz äussert sich nicht ausdrücklich zu dieser Frage, sondern beschränkt sich auf die Bestimmung, dass in leichten Fällen des speziellen Teiles und bei Vorliegen eines blossen Ordnungsfehlers vor Verhängung der Disziplinarstrafe Freisprechung zu erfolgen habe (Art. 160 MStr.G.O.). Der Unterschied zwischen „krimineller Disziplinarstrafe" und Ordnungsstrafe im Sinne der Disziplinarstrafordnung liegt grundsätzlich darin, dass im ersten Falle eine Verurteilung, im letzten aber ein Freispruch vorliegt, woraus sich alle Unterschiedlichkeiten ableiten: Bei Verurteilung zu Disziplinarstrafe besteht die Möglichkeit auf gewisse Nebenstrafen und Massnahmen zu erkennen, die Verfahrenskosten dem Beschuldigten aufzuerlegen, ein Kontumazialurteil auszufällen; die kriminelle Disziplinarstrafe verjährt nach den Normen des kriminellen Rechtes (Art. 54 - 56 MStr. G.B.); die Tat, um derentwillen eine kriminelle Arreststrafe ausgesprochen werden müsste, rechtfertigt die Anwendung der Bestimmungen über die Realkonkurrenz (Strafschärfung, nicht Straferhöhung [81])); fraglich erscheint dagegen, ob ein derartiges Urteil in das Strafregister aufgenommen werden darf (Art. 226 MStr.G.B.). Endlich kann im Sinne dieser Theorie -- gestützt auf Art. 46 und 47 MStr.G.B. -- weder der Truppenkommandant, noch der Oberauditor das Disziplinarverfahren einleiten, bezw. die Angelegenheit disziplinarisch abwandeln,

80) Vgl. oben § 10, I.

81) Vgl. die Darstellung der MKG -- Praxis bezüglich der Realkonkurrenz zwischen kriminellem Delikt und Ordnungsfehler oben § 12 II, 1.

sondern es hat Überweisung an das zuständige Militärgericht zu erfolgen [82]).

II. Anwendungsgebiet.

Da eine Aufzählung aller derjenigen Fälle, in welchen im Sinne von Art. 46 und 47 MStr.G.B. eine Strafmilderung eintreten kann oder muss, bereits früher erfolgt ist, erübrigt sich an dieser Stelle ein nochmaliges Anführen der betreffenden Bestimmungen des allgemeinen Teiles des „Militärstrafrechtes" [83]).

Die begrenzte und die unbegrenzte Strafherabsetzung ermöglichen zunächst, bei allen denjenigen kriminellen Tatbeständen, die eine disziplinarische Ahndung in leichten Fällen nicht zulassen, trotzdem auf Disziplinarstrafe, d.h. wenigstens auf Arreststrafe herabzugehen. -- Mit Bezug auf die anderen Tatbestände des besonderen Teiles, also diejenigen, die in leichten Fällen Ordnungsstrafen vorsehen, stellt sich nunmehr die Frage, ob sich der Oberauditor oder ein Militärgericht im konkreten Falle auf den Standpunkt stellen könnte, es liege zwar nicht ein leichter Fall vor, trotzdem habe aber in Anwendung von Art. 46 oder 47 MStr.G.B. (kriminelle) Arreststrafe einzutreten. Die Praxis hat diese Möglichkeit bejaht, hat indessen in anderen Fällen verschiedentlich das Vorliegen eines leichten Falles im Sinne des besonderen Teiles des Gesetzes gerade damit begründet, es liege z.B. nur ein Versuch vor, oder der Täter habe aus achtungswerten Beweggründen gehandelt oder aufrichtige Reue betätigt, mit anderen Worten Gründe, welche die Anwendung von Art. 46 oder 47 MStr.G.B., d.h. kriminelle Arreststrafe rechtfertigen würden.
Wir haben oben die Auffassung vertreten, dass der Satz „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" bloss als Strafzumessungsnorm, bezw. u. U. als Verweisung auf Art. 180

82) Trüssel am JR 1933. 83) Vgl. oben § 10, I.

MStr.G.B. zu betrachten ist und dass die Frage, ob ein leichter oder schwerer Fall vorliege, Sache des freien Ermessens ist, wobei sowohl die objektiven als auch die subjektiven Merkmale der Tat zu berücksichtigen sind. Die Voraussetzungen für die Annahme eines leichten Falles im Sinne des speziellen Teiles des MStr.G.B. sind mithin umfassendere als diejenigen, die eine Tat als leichten Fall im Sinne des allgemeinen Teiles erscheinen lassen, weil immer nur bei Vorliegen ganz bestimmter Voraussetzungen auf (kriminelle) Arreststrafe herabgegangen werden kann. -- Trotzdem die grundsätzliche Frage, ob Milderungsgründe nach Art. 45 MStr.G.B. im Einzelfalle vorliegen oder nicht, Ermessensfrage ist [84]), erscheint der leichte Fall des besonderen Teiles auch in dieser Hinsicht umfassender als Art. 45/46, indem die Zahl der „mildernden Umstände" eine geschlossene ist und eine Berücksichtigung der objektiven Merkmale der Tat auf Grund von Art. 45 MStr.G.B. nicht vorgesehen ist. Verhängt das Gericht wegen subjektiver Leichtigkeit einer Widerhandlung im Sinne des speziellen Teiles eine Ordnungsstrafe, so wird dies in den meisten Fällen gerade aus denjenigen Gründen erfolgen, die in Art. 45 MStr.G.B. erwähnt sind. Mit Rücksicht auf den Grundsatz, dass die spezielle Bestimmung der allgemeinen vorgeht, wäre es daher u. E. nicht zulässig, wenn ein Militärgericht gestützt auf Art. 45 und 46 MStr.G.B. eine kriminelle Disziplinarstrafe aussprechen würde, obwohl das betreffende Delikt nach dem gesetzlichen Wortlaut in leichten Fällen mit gewöhnlicher Ordnungsstrafe zu ahnden ist. Durch die Annahme mildernder Umstände, die im Einzelfalle ein Herabgehen auf Arreststrafe zur Folge haben, bekundet das Gericht eben gerade, dass nicht ein schwerer, sondern nur ein leichter Fall des betreffenden Deliktes vorliegt [85]).

---

84) Vgl. die Darstellung der MKG -- Praxis oben § 12, II. 1.

85) Obwohl Art. 45 MStr.G.B. die mildernden Umstände positiv aufzählt, also eine bestimmtere Formulierung gibt als der Satz „in leichten Fäl-

Eine weitergehende Untersuchung der Frage, inwieweit den Gerichten die Möglichkeit auf Grund der Art. 46 und 47 MStr. G.B. Arreststrafen auszusprechen benommen ist im Hinblick auf den Satz „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung", bietet nur dann erhebliches praktisches Interesse, wenn die grundsätzliche Zulässigkeit einer Verurteilung zu scharfem Arrest angenommen wird. Da u. E. die gesetzlichen Voraussetzungen -- wie aus den nachfolgenden Erörterungen hervorgehen wird -- hierzu fehlen, erübrigt es sich, auf alle anderen Bestimmungen des allgemeinen Teiles des MStr.G.B. einzutreten, die in Verbindung mit Art. 46 oder 47 MStr.G.B. ein Herabgehen auf Disziplinarstrafe ermöglichen oder verlangen [86]).

III. Die kriminelle Disziplinarstrafe.

Unbestritten ist in der Praxis offenbar die Zulässigkeit, auch im Falle der unbegrenzten Strafherabsetzung (Art. 47 MStr.G.B.)

---

len erfolgt disziplinarische Bestrafung", kann Art. 45 doch nicht als die speziellere Norm betrachtet werden: Der Satz „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" ist nicht als Strafmilderungsnorm, d.h. als Ausnahmeregel bezüglich des Strafmasses aufzufassen, sondern es handelt sich um eine alternative Strafdrohung. Das Herabgehen auf Disziplinarstrafe auf Grund des speziellen Teiles des Gesetzes stellt also rechtlich keine Ausnahme vom Grundsatz der kriminellen Bestrafung dar. (Leichter und schwerer Fall sind koordiniert.)

86) In Anwendung des Satzes „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" kann jede Ordnungsstrafe verhängt werden, auf Grund von Art. 46 und 47 MStr.G.B. kann hingegen nur auf scharfen Arrest herabgegangen werden. Wird diesen beiden Bestimmungen, soweit sie das Herabgehen auf Arreststrafe betreffen, selbständige Bedeutung auch bei denjenigen Tatbeständen, die in leichten Fällen disziplinarische Ahndung vorsehen, beigemessen, d.h. wird die Möglichkeit des Herabgehens auf scharfen Arrest gestützt auf Art. 46 und 47 anerkannt ohne dass sich der konkrete Fall als „leicht" im Sinne des besonderen Teiles darstellt, dann lässt sich das Anwendungsgebiet des Satzes „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" von demjenigen der Art. 46 und 47 nicht abgrenzen: Ob sich ein konkreter Fall als „schwer" oder „leicht" qualifiziert, ist Ermessensfrage.

auf scharfen Arrest oder Busse herabzugehen, obwohl das Gesetz diese Möglichkeit nicht ausdrücklich vorsieht. Es darf dies aber deshalb angenommen werden, weil selbst im Falle der begrenzten Strafherabsetzung (Art. 46 MStr.G.B.), die eine dem Sinne nach weniger weit gehende Strafmilderung darstellt, ein Herabgehen auf scharfen Arrest oder Busse durch das Gesetz ausdrücklich erlaubt wird [87]). Man könnte sich sogar fragen, ob das Gericht bei Anwendung von Art. 47 nicht auch einfachen Arrest verhängen oder sogar nur einen Verweis aussprechen könnte. Hafter hat sich dahin geäussert, dass bis zu einfachem Arrest herabgegangen werden dürfe [88]).

Kontrovers dagegen ist die Frage, ob bei Anwendung von Art. 46 und 47 MStr.G.B. zu scharfem Arrest zu verurteilen sei oder ob auch hier wie bei den leichten Fällen des besonderen Teiles und den reinen Ordnungsfehlern vor Verhängung der Ordnungsstrafe Freispruch zu erfolgen habe [89]). Auf die praktischen Unterschiede, die zwischen den beiden Auffassungen bestehen, haben wir oben bereits hingewiesen. Die Praxis stellt sich im allgemeinen auf den Standpunkt, dass in diesen Fällen zu Arreststrafe zu verurteilen sei. Einzelne Justizoffiziere haben indessen auch die gegenteilige Auffassung vertreten [90]) oder einen vermittelnden Standpunkt eingenommen in dem Sinne, dass z. B. bei Art. 14/47 (Strafmilderung gegenüber Jugendlichen) Verurteilung, bei Art. 17/47 (Rechtsirrtum) dagegen Freispruch eintreten müsse [91]).

U. E. gebührt aus verschiedenen Gründen derjenigen Theorie der Vorzug, die grundsätzlich die Möglichkeit einer Verurteilung zu Disziplinarstrafe verneint:

87) Vgl. oben § 10, I, 2.
88) JR 1933.
89) Vgl. oben § 12, I am Ende.
90) Z. B. Müller am JR 1929.
91) Z. B. Herzog am JR 1933.

a. Durch die Zulassung eines kriminellen scharfen Arrestes würde eine Strafart eingeführt, die sowohl dem „Militärstrafrecht" als auch der Disziplinarstrafordnung fremd ist, denn sowohl die kriminellen Strafen (Art. 27 ff. MStr.G.B.) als auch die Disziplinarstrafen (Art. 184 ff. MStr.G.B.) sind zweifellos im Gesetz abschliessend aufgezählt. Art. 194 MStr.G.B. schreibt denn auch -- wenigstens mit Bezug auf das Disziplinarrecht -- ausdrücklich vor, dass andere als die im Gesetze vorgesehenen Strafen und Strafverschärfungen nicht verhängt werden dürfen. Eine analoge Bestimmung im kriminellen Militärstrafrecht aufzustellen erübrigte sich. Der Einwand, dass ja auch auf Grund des Satzes „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" eine Strafe ausgesprochen werden könne, die als solche im allgemeinen Teil des Gesetzes nicht vorgesehen sei, ist nicht stichhaltig, da in leichten Fällen eben überhaupt nicht verurteilt, sondern freigesprochen werden muss, indem die Disziplinarstrafe nicht Strafe im Sinne des kriminellen Rechtes ist.

b. Die Ablehnung einer „kriminellen Arreststrafe" kommt keineswegs der Behauptung gleich, durch die Anwendung von Art. 46 und 47 MStr.G.B. verändere sich der ursprüngliche Tatbestand und werde die Tat dadurch als reiner Ordnungsfehler qualifiziert. Die begrenzte und unbegrenzte Strafherabsetzung bedeuten vielmehr nur eine Erweiterung des Strafrahmens [92]). Genau dieselbe Bedeutung kommt nun aber auch dem Satze „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" zu: Der Tatbestand ist rechtlich (qualitativ) genau der gleiche, ob ein leichter oder schwerer Fall vorliegt. Aus der Erkenntnis, dass sich der Tatbestand als solcher durch die Anwendung der Strafzumessungsregeln, d.h. durch die Bestimmung des Strafmasses im Einzelfall nicht verändert, kann daher keineswegs -- sowenig wie bei den leichten Fällen des spezi-

92) Liszt S. 114.

ellen Teiles, wo kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift Freisprechung zu erfolgen hat -- geschlossen werden, dass auch der Strafe unter allen Umständen kriminelle Natur zukommen müsse und auch bei Herabgehen auf scharfen Arrest im Sinne von Art. 46 und 47 MStr.G.B. daher nur stets dazu verurteilt werden könne. Aus diesen Gründen ist nicht einzusehen, weshalb die in Anwendung von Art. 46 und 47 MStr.G.B. ausgefällte Arreststrafe anderer Natur sein sollte als diejenige, die im Sinne des Satzes „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" verhängt wird. Eine „kriminelle Arreststrafe" erscheint als Widerspruch in sich selbst.

c. Für die Ablehnung einer Arreststrafe, zu der verurteilt wird, sprechen endlich auch praktische Erwägungen, namentlich mit Rücksicht auf diejenigen Tatbestände des Gesetzes, die in leichten Fällen disziplinarische Ahndung vorsehen: Die Anwendung der Bestimmungen über die Strafzumessung (Art. 44 ff. MStr. G.B.) ist grundsätzlich nur Sache des urteilenden Gerichtes allein. Ob sich nun aber ein Delikt als leicht oder schwer qualifiziert, ist Sache des freien Ermessens der Truppenkommandanten, des Oberauditors oder der Militärgerichte, ebenso die Frage, ob Voruntersuchung durchzuführen, bezw. Anklage zu erheben sei. Die „Leichtigkeit" eines konkreten Falles darf nun zweifellos auch darin erblickt werden, dass objektive oder subjektive Verumständungen vorliegen, die -- wäre eine Überweisung an das Militärgericht erfolgt -- die Anwendung von Art. 46 oder 47 MStr.G.B. erfordern oder doch ermöglichen würden. Die Truppenkommandanten bezw. der Oberauditor können daher nach freiem Ermessen einen konkreten Fall disziplinarisch erledigen bezw. erledigen lassen mit Rücksicht auf den Umstand, dass bloss ein Versuch vorliegt, der Täter ein Jugendlicher ist, der Täter aus achtungswerten Beweggründen gehandelt hat oder sich zur Tat hat hinreissen

lassen im Zorn über eine ungerechte Reizung usw. Über die Frage, ob und inwieweit diese Verumständungen die Annahme eines leichten Falles zu rechtfertigen vermögen, besteht nun aber keine einheitliche Auffassung unter den Truppenkommandanten. Zur Aufhebung der Auswirkungen dieser ungleichen Praxis erscheint es angezeigt, diejenigen Fälle, bei denen in Anwendung von Art. 46 oder 47 MStr.G.B. auf scharfen Arrest herabgegangen wird (und es sich also um Grenzfälle handelt) denjenigen Fällen gleichzustellen, in welchen auf Grund des Satzes „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" scharfer Arrestverhängt wird.

Aus dem Gesetz geht nicht hervor, ob die Busse, auf die in Anwendung von Art. 46 oder 47 MStr.G.B. herabgegangen werden kann, krimineller oder disziplinarischer Natur ist. Die Busse ist eine Strafe sowohl des „Militärstrafrechtes" als auch der Disziplinarstrafordnung (Art. 33 bezw. Art. 191 MStr.G.B.). Aus dem Umstand, dass die Busse als Disziplinarstrafe nur Anwendung gegenüber Zivilpersonen finden darf oder bei ausserhalb des Dienstes begangenen Widerhandlungen verhängt werden kann, darf geschlossen werden, dass die Geldstrafe im Sinne von Art. 46 und 47 MStr.G.B. krimineller Natur ist. Es hat mithin in diesen Fällen Verurteilung zu erfolgen [93]).

93) Vgl. Hafter, Allgemeiner Teil S. 282.

DIE GARANTIEN FÜR EINE GLEICHMÄSSIGE ANWENDUNG DES MStr.G.B.

§ 15. Allgemeines.

Wir haben oben festgestellt, dass in objektiver Hinsicht -- trotz der systematischen Trennung zwischen „Militärstrafrecht" und „Disziplinarstrafordnung" -- ein tatbeständlicher Unterschied zwischen schwerem Fall, leichtem Fall und Disziplinarfehler im allgemeinen überhaupt nicht besteht, desgleichen auch in subjektiver Hinsicht zwischen schwerem und leichtem Fall, sowie zwischen diesen beiden und dem Disziplinarfehler, sofern die Tat im konkreten Falle vorsätzlich begangen worden ist oder zwar nur Fahrlässigkeit vorliegt, der entsprechende Tatbestand des kriminellen Rechtes aber auch die fahrlässige Begehung unter Strafe stellt. Allen mit der Anwendung des MStr.G.B. betrauten Kommandostellen und Behörden ist damit ein überaus grosser Bereich des freien Ermessens eingeräumt. Gleichgültig ob die urteilende Behörde im Einzelfalle einen schweren oder leichten Fall oder aber einen blossen Disziplinarfehler annimmt, steht ihr grundsätzlich auch dann noch ein sehr weiter Strafrahmen offen. Hat insbesondere Ordnungsstrafe einzutreten, dann ist die Straffindung ausschliesslich Sache des freien Ermessens und stellt das Gesetz über die Strafzumessung nur allgemeine Richtlinien auf (Art. 181 Absatz 2 MStr.G.B.): Ob wegen einer strafbaren Handlung, die sich als Ordnungsfehler oder leichter Fall qualifiziert, ein blosser Verweis verhängt oder aber zwanzig Tage scharfer Arrest verbunden mit Degradation ausgesprochen werden soll, ist Ermessensfrage. Voraussetzung auch für die disziplinarische

Degradation ist allerdings, dass sich der betreffende Täter durch seine Handlungsweise seines Grades unwürdig gemacht hat (Art. 19o Absatz 1 MStr.G.B.); ob indessen eine derartige Unwürdigkeit besteht oder nicht, ist selbst wiederum Ermessensfrage [1]). Ebenso ist es dem Gutfinden des Truppenkommandanten überlassen, ob er überhaupt Ordnungsstrafe verhängen will, sofern die Tat nicht kriminelle Ahndung erfordert [2]). Der Umstand, dass die Disziplinarstrafordnung nur einen einzigen und umfassenden Strafrahmen kennt [3]), ist auf die Unmöglichkeit, den Sammeltatbestand des Disziplinarfehlers in erschöpfender Weise in mehrere selbständige Tatbestände zu gliedern, von denen jeder einzelne mit einer besonderen Strafdrohung verbunden werden könnte, zurückzuführen.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass von allen Strafrechtskodifikationen gerade die militärischen Strafgesetzbücher am wenigsten das freie Ermessen ausschalten können: Die Begehung eines militärstrafrechtlichen Deliktes, insbesondere einer (eigentlichen oder uneigentlichen) militärischen strafbaren Handlung (Art. 61 - 114 MStr.G.B.) kann je nach Ort, Zeit, Grad und militärischer Stellung des Täters usw. eine äusserst geringfügige und belanglose Übertretung darstellen oder aber die Ursache einer nationalen Katastrophe bilden. Durch die Aufstellung qualifizierter und privilegierter Tatbestände kann allerdings bei vielen Tatbeständen das Anwendungsgebiet des ursprünglichen Grundtatbestandes unterteilt werden, doch muss der Gesetzgeber auch in diesen Fällen aus praktischen

---

1) Ebenso bei der kriminellen Degradation: MKG III 71.

2) Qualifiziert sich eine Widerhandlung als Ordnungsfehler, dann besteht kein Offizialprinzip; ebenso offenbar nicht, wenn sich die Tat als leichter Fall qualifiziert, wenigstens mit Bezug auf diejenigen Tatbestände, bei denen der Satz „in leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung" als blosse Verweisung auf Art. 18o MStr.G.B. betrachtet werden muss; vgl. oben § 13 III.

3) Der Strafrahmen ist allerdings nach der Person des Täters verschieden.

Gründen dem Bereiche des freien Ermessens einen immer noch grösseren Spielraum belassen als dies im bürgerlichen Strafrecht möglich ist. Kann die Erfüllung ein und desselben gesetzlichen Tatbestandes ein leichtes oder schweres Delikt sein, dann muss das Gesetz dem Richter auch einen entsprechenden weiten Strafrahmen zugestehen.
Mit Rücksicht auf den erheblichen Bereich, der dem freien Ermessen in der geltenden Regelung eingeräumt wird, soll in der Folge nunmehr noch kurz geprüft werden, ob und welche Garantien bestehen, die eine gleichmässige Anwendung des MStr.G.B. durch die verschiedenen Truppenkommandanten sowie die verschiedenen Organe der Militärjustiz sicherstellen oder doch ermöglichen.

§ 16. Die gleichmässige Rechtsanwendung durch die verschiedenen Militärgerichte.

Die Militärgerichtsorganisation und das Militärgerichtsverfahren gewährleisten in hohem Masse eine gerechte objektive Urteilsfindung im Einzelfalle, bieten aber keine Garantie für eine gleichmässige und einheitliche Gesetzesanwendung durch die verschiedenen Divisions- und Territorialgerichte.
Die Herbeiführung einer ausgeglichenen Gerichtspraxis d. h. einer homogenen Anwendung des freien richterlichen Ermessens wird im wesentlichen durch folgende Umstände erschwert:

a. Fehlen eines appellatorischen Rechtsmittels in der MStr.G.O.
b. Keine Verbindlichkeit der Weisungen und Kreisschreiben des Oberauditors für die Militärgerichte, soweit sie den Grundsatz der Freiheit der Gerichte berühren und mithin auch das freie richterliche Ermessen.
c. Mangel einer systematischen Sammlung der erstinstanzlichen Entscheide.

d. Der Einfluss des kantonalen Rechtes, bezw. der kantonalrechtlichen Praxis.

Die Armee stellt ein einheitliches Ganzes dar. Man sollte daher annehmen, dass ihr Strafrecht dementsprechend auch nach einheitlichen Grundsätzen angewendet würde. Infolge der kulturellen Verschiedenheiten der Schweiz trifft das nun aber keineswegs zu. Es stellt sich geradezu die prinzipielle Frage, ob es überhaupt zweckmässig ist, eine Einheitlichkeit mit Bezug auf die Betätigung des freien richterlichen Ermessens aus Gründen der allgemein-schweizerischen Gerechtigkeit oder aus Erwägungen allgemein-militärischer Natur anzustreben, selbst auf die Gefahr hin, dass das eine Militärgericht in einem Einzelfalle verurteilt, das andere dagegen in einem analogen Falle freispricht unter Verhängung einer Disziplinarstrafe. -- Das Anstreben einer gewissen Einheitlichkeit in der Praxis ist zweifellos notwendig und mit Rücksicht auf das Ansehen der Armee und im besonderen der Militärjustiz auch geboten. Das Argument, dass verschiedene, objektiv und subjektiv genau gleichwertige Einzelfälle überhaupt nicht auftreten könnten, womit die Verschiedenheiten in der Rechtsanwendung erklärt werden sollen, ist im wesentlichen nur von theoretischem Wert und vermag praktisch nicht zu befriedigen. Inwieweit indessen eine Vereinheitlichung der Praxis erstrebenswert ist, kann nur schwer beantwortet werden und ist in erster Linie eine Frage politischer Natur: Auch eine vollkommene Vereinheitlichung der Praxis würde dem Ansehen und der Popularität der Militärjustiz da und dort schaden, selbst dann, wenn eine Rechtsgrundlage zur direkten oder indirekten Erzwingung der Homogenität der Rechtsauffassungen bestünde: In den einen Kantonen würden gewisse Urteile als überaus hart empfunden, in den andern hingegen als wesentlich zu mild[4]).

4) Dies gilt insbesondere auch für die militärischen Delikte des MStr.G.B.

Die Militärgerichte haben sich bei der Entscheidung der Frage, ob in einem Einzelfalle ein schwerer oder leichter Fall bezw. ein Ordnungsfehler anzunehmen sei, vielfach an die entsprechende Regelung desjenigen kantonalen Rechtes angelehnt, dem der Angeklagte unterstanden hätte, wenn er durch den bürgerlichen Richter beurteilt worden wäre oder an das Strafrecht desjenigen Kantons, aus dessen Gebiet sich die betreffende Einheit rekrutierte [5]). Die Argumentation, dass der nach dem MStr.G.B. zu beurteilende Täter keinesfalls milder bestraft werden soll, als wenn er die Tat im Zivilleben verübt hätte, ist unabweislich: Die Uniform soll nicht dazu missbraucht werden, um einer strengeren Bestrafung zu entgehen; eine konstant mildere Praxis der Militärgerichte gegenüber derjenigen der bürgerlichen Gerichte könnte sich für die Armee zweifellos nur in schlechtem Sinne auswirken. -- Durch das Inkrafttreten des neuen schweizerischen Strafgesetzbuches fällt dieses Problem keineswegs dahin, da sich die nach Landesteilen verschiedenen Auffassungen über die Schwere ein und desselben Deliktes auch bei Anwendung des neuen Gesetzes bemerkbar machen, nämlich bei der Entscheidung von Ermessensfragen, insbesondere bei der Strafzumessung. -- Eine Anlehnung an das bürgerliche Recht, bezw. an die Strafpraxis der bürgerlichen Gerichte ist indessen grundsätzlich nur bei den nichtmilitärischen Delikten des MStr.G.B denkbar.

-- Auch heute mag ein militärgerichtliches Urteil im einen oder andern Kanton als zu hart oder zu mild erscheinen; es wird sich aber dabei in der Regel um einen Entscheid handeln, der in einem anderen Landesteil ausgefällt worden ist.

5) Es erscheint zweifellos richtiger, wenn die Anlehnung an das Strafrecht bezw. die Praxis des Wohnsitzes des Beschuldigten resp. an das „Heimatrecht der Truppe" erfolgt und nicht an das bürgerliche Recht des Begehungsortes, da der Truppenstandort wechselt und -- vom Gesichtspunkt der Rechtspflege aus betrachtet -- durch Zufälligkeiten bedingt ist. Diese Überlegungen sind u. E. wenigstens dann zutreffend, wenn der Angeklagte eine Militärperson ist.

Auf Grund der derzeitigen Rechtslage ist es den höchsten Organen der Militärjustiz, also dem Oberauditor und dem Militärkassationsgericht benommen, in genereller Weise direkt oder indirekt eine vermehrte Vereinheitlichung der Praxis herbeizuführen. Allerdings bestünde eine nachfolgend zu erörternde Möglichkeit einer Praxisänderung des MKG, durch welche die Auswirkungen der Unterschiedlichkeiten der erstinstanzlichen Praxis mit Bezug auf den leichten Fall und den Disziplinarfehler in oberer Instanz in jedem einzelnen Fall auf Kassationsbegehren hin behoben werden könnten: Die gesetzliche Regelung, welche die Frage, ob Verurteilung oder Freisprechung (mit nachfolgender Verhängung einer Ordnungsstrafe) zu erfolgen habe, im allgemeinen von der Lösung einer Ermessensfrage (Wertung des objektiv gleichen Tatbestandes als schwerer oder leichter Fall oder als Ordnungsfehler = Strafzumessung) abhängen lässt, ist zweifellos eigenartig, jedoch -- wie wir oben dargelegt haben -- angesichts der Besonderheit dieses Rechtsgebiets wohl unvermeidlich. Da das MKG nicht Appellationsinstanz ist, kann aus materiellrechtlichen Gründen ein erstinstanzliches Urteil nur dann aufgehoben werden, wenn im Sinne von Art. 188 Ziffer 1 MStr.G.O. eine Verletzung des Strafgesetzes vorliegt. Das MKG hat in konstanter Rechtsprechung auch den Ermessensmissbrauch als Verletzung des Strafgesetzes betrachtet. Begründet der Auditor oder der Verteidiger seine Kassationsbeschwerde damit, das erstinstanzliche Gericht habe die in der Anklage bezeichnete Tat unrichtig subsumiert, dann unterliegt der Fall der oberinstanzlichen Überprüfung selbst dann, wenn das MKG -- bei Gutheissung des Kassationsbegehrens -- nicht notwendigerweise zur Ausfällung einer andern Strafe gelangen muss. Umsomehr sollte daher scheinbar eine Kassationsbeschwerde der oberinstanzlichen Beurteilung unterliegen, die geltend macht, das erstinstanzliche Gericht habe zu Unrecht einen schweren Fall oder aber einen

leichten Fall bezw. Disziplinarfehler angenommen, da -- bei Begründeterklärung des Rechtsmittels -- nicht bloss eine mehr oder minder strenge kriminelle Bestrafung einzutreten hätte, sondern Freispruch an Stelle von Verurteilung bezw. Verurteilung anstatt Freisprechung. Es könnte daher in der Tatsache, dass das erstinstanzliche Gericht zu Unrecht einen schweren Fall, bezw. leichten Fall oder Ordnungsfehler angenommen hat, eine Verletzung des MStr.G.B. erblickt werden, allerdings nicht im Sinne einer unrichtigen Subsumption der Tat, sondern eines Ermessensmissbrauches (gesetzwidrige Strafzumessung). Auf Grund dieser erweiterten Fassung des „Ermessensmissbrauches" könnte das MKG jedes angefochtene erstinstanzliche Urteil, das mit der Auffassung des MKG hinsichtlich der Frage, welche Gradabstufung im konkreten Falle vorliege, nicht übereinstimmt, aufheben. Da das MKG dadurch viel mehr in die Lage käme, für jeden einzelnen Tatbestand des Gesetzes, der in leichten Fällen disziplinarische Ahndung zulässt, zu bestimmen, wann ein schwerer Fall, leichter Fall oder blosser Ordnungsfehler vorliege, könnte mit Bezug auf diese Gradabstufungen eine wesentlich einheitlichere Praxis nicht nur der Divisions- und Territorialgerichte, sondern auch der Truppenkommandanten erzielt werden.

Das MKG ist nicht so weit gegangen und hat in konstanter Praxis erkannt, dass die Frage, ob ein schwerer oder leichter Fall vorliege, Ermessensfrage sei und daher grundsätzlich der oberinstanzlichen Überprüfung nicht unterliege. Diese Auffassung vertritt das MKG wohl in der Erwägung, dass bei derart weiter Auslegung des Begriffes „Verletzung des Strafgesetzes" bezw. des „Ermessensmissbrauches" im Sinne der oben gemachten Ausführungen der Kassationsbeschwerde nicht mehr die vom Gesetzgeber gewollte Natur eines kassatorischen, sondern vielmehr die Bedeutung eines appellatorischen Rechtsmittels zugelegt würde.

Das Gesetz spricht sich nicht näher darüber aus, was unter einer Verletzung des Strafgesetzes zu verstehen sei; insonderheit kennt das Gesetz den Ausdruck „Ermessensmissbrauch" überhaupt nicht [6]). Die Frage, ob sich eine begangene Tat als leichter oder schwerer Fall qualifiziere, hat der Gesetzgeber nun zweifellos in das freie Ermessen des Gerichtes stellen wollen. Macht das Gericht daher von seinem Ermessen Gebrauch, dann kann in der Tat ein Ermessensmissbrauch nicht schon darin erblickt werden, dass das Gericht entgegen seiner eigenen Übung oder der allgemeinen Gerichtspraxis einen konkreten Fall als leicht oder schwer betrachtet: Zur Kassation bedarf es nicht bloss einer Abweichung von der üblichen Praxis, sondern einer Verletzung des Strafgesetzes. Würde daher das MKG überprüfen, ob das erstinstanzliche Militärgericht zu Recht oder Unrecht einen schweren oder leichten Fall bezw. einen blossen Ordnungsfehler angenommen habe, dann käme dies einer Ersetzung des freien erstinstanzlichen Ermessens durch das Ermessen der oberen Instanz gleich: Das MKG würde mithin als Appellationsinstanz tätig werden, also eine Stellung einnehmen, die ihm nach der MStr.G.O. gar nicht zukommt.

Die Unterschiedlichkeiten in der Praxis der verschiedenen Divisions- und Territorialgerichte mit Bezug auf den leichten Fall werden in ihren Auswirkungen praktisch erheblich dadurch gemildert, dass in vielen Fällen zwar nicht ein leichter Fall angenommen wird, wohl aber dem Angeklagten der bedingte Strafvollzug oder der militärische Strafvollzug gewährt wird.

6) Vgl. Trüssel in Z. 1934 S. 12; Kirchhofer in Z. 1929 (Bd. 42) S. 13 ff.; v. Laun S. 219.

§ 17. Die gleichmässige Rechtsanwendung durch die verschiedenen Truppenkommandanten.

I. Im Disziplinarverfahren.

Im Gegensatz zum militärgerichtlichen Verfahren ist das Disziplinarverfahren vollends vom Inquisitionsprinzip beherrscht. Der Disziplinarvorgesetzte hat nur äusserst wenige prozessrechtliche Vorschriften zu beachten [7]) und es sind ihm auch nur wenige Schranken materiellrechtlicher Natur gezogen: Er entscheidet nach freiem Ermessen, ob überhaupt ein Disziplinarverfahren eingeleitet werden soll oder nicht; will er Ordnungsstrafe eintreten lassen, dann ist der Disziplinarvorgesetzte wiederum an keinen speziellen Strafrahmen gebunden, denn die Disziplinarstrafordnung weist bloss einen einzigen Tatbestandsartikel auf und kennt demnach grundsätzlich auch nur einen einzigen gesetzlichen Strafrahmen für jeden einzelnen Täter. Das MStr.G.B. und das DR stellen nur spärliche und sehr allgemeine Regeln über die Strafzumessung auf. Allerdings kann nicht jeder Disziplinarvorgesetzte sämtliche im Gesetze vorgesehenen Ordnungsstrafen vom Verweis bis zu zwanzig Tagen scharfem Arrest, Degradation und Busse aussprechen, sondern die Strafkompetenz ist vielmehr nach militärischen Graden abgestuft.

Angesichts dieser gesetzlichen Regelung kann von einer gleichmässigen Anwendung des Disziplinarstrafrechtes durch sämtliche Kommandanten der schweizerischen Armee nicht die Rede sein [8]). Mit Rücksicht auf die ausserordentlich grosse Zahl, die verschiedenen Formen und Gradabstufungen der möglichen Disziplinarfehler wird es auch in vielen Fällen

---

7) „In der Dürftigkeit der Verfahrensvorschriften liegt ein Akt des Vertrauens" (Zollinger S. 36).

8) Vgl. Zollinger S. 5. ff.

schwer halten, einzelne Ordnungsfehler untereinander zu vergleichen, bezw. hinsichtlich der Straffolgen einander gleichzusetzen. Es darf auch nicht ausser Acht gelassen werden, dass im Disziplinarstrafrecht der Zweckmässigkeitsgedanke in besonders starkem Masse hervortritt: Das Strafmass richtet sich daher nicht immer nur nach den objektiven und subjektiven Merkmalen der Tat, sondern unter Umständen nicht weniger nach dem Grad der Disziplin, dem Ausbildungs- und Erziehungsstand der betreffenden Einheit usw.[9]). Die Disziplinarstrafe ist nicht nur als eigentliche Strafe und als Erziehungsmittel im weiteren Sinne des Wortes zu betrachten, das nur den fehlbaren Untergebenen betrifft. Durch die Verhängung einer Ordnungsstrafe bringt der Kommandant seiner ganzen Einheit gegenüber in besonders eindrücklicher und unzweideutiger Form einen ganz bestimmten Willen zum Ausdruck. Trotzdem kann es stossend wirken, wenn ein Soldat in der Einheit A wegen schlechtem Putzen seiner Marschschuhe mit Arrest bestraft wird, ein anderer Soldat der Nachbareinheit B dagegen trotz gleichem Sachverhalt überhaupt nicht bestraft, sondern vielleicht bloss ermahnt oder zurechtgewiesen wird.

a. Grösste und sichtbarste Unterschiede in der Handhabung des Disziplinarrechtes durch die verschiedenen Truppenkommandanten werden zweifellos in hohem Masse durch die gesetzliche Regelung verunmöglicht, gemäss welcher die Strafkompetenzen nach Graden abgestuft sind: Je näher sich nach der Ordre de bataille zwei Einheiten stehen, in welchen Disziplinarfehler vorgekommen sind, umsoweniger werden krasse Divergenzen im Strafmass bei objektiv und subjektiv glei-

---

9) Auch die Militärgerichte berücksichtigen je nach Art der begangenen Widerhandlung diese Umstände, in der Regel jedoch nicht in straferhöhendem Sinne (General- und Spezialprävention), sondern als schuldherabsetzende Gründe.

chen Ordnungsfehlern entstehen, denn die Vorgesetzten der betreffenden Einheitskommandanten werden für eine annähernd gleiche Bestrafung der Fehlbaren sorgen. Freilich besteht auch hier die Möglichkeit, dass der eine Einheitskommandant eine hohe Arreststrafe angemessen hält und den betreffenden Fall zur Festsetzung der Strafe auf dem Dienstwege weiterleitet, ein anderer Kompagniekommandant dagegen in einem gleichen Fall seine eigene Strafkompetenz als ausreichend betrachtet, eine Massnahme im Sinne des DR verfügt oder aber sowohl von Disziplinarstrafe als auch von einer Massnahme überhaupt absieht. Sofern in diesen letztgenannten Fällen den Vorgesetzten des betreffenden Kompagniekommandanten der fragliche Vorfall weder auf dem Rapportwege noch durch Zufall zur Kenntnis gelangt, besteht die Gefahr wesentlich ungleicher Behandlung gleicher Fälle.

b. Eine aussergewöhnlich milde oder strenge Disziplinarverfügung kann durch Entscheid des Vorgesetzten des Strafenden korrigiert werden, sei es auf Grund einer Disziplinarbeschwerde des Bestraften oder aber wenn jener auf dem Rapportwege oder durch Zufall Kenntnis von der betreffenden Verfügung erhält. Gleichgültig ist dabei, ob die Strafe bereits vollzogen ist oder nicht. Gelangt der Vorgesetzte des Strafenden zur Herabsetzung einer schon vollzogenen Arreststrafe, dann ist allerdings die Möglichkeit einer Entschädigung, z. B. in Form einer Geldsumme, weder im Gesetze noch im DR normiert. Es bleibt daher in diesem Falle dem Ermessen des zuständigen militärischen Kommandanten vorbehalten, ob und wie eine Wiedergutmachung eintreten soll, im aktiven Dienst z. B. durch Gewährung eines Sonderurlaubes. Indessen ist daran zu erinnern, dass auch die Arreststrafe nicht als Freiheitsstrafe, sondern als Ehrenstrafe zu betrachten ist, sodass — wenn eine bereits vollzogene Arreststrafe nachträglich herabgesetzt oder

gänzlich aufgehoben wird -- in einem entsprechenden Vermerk in der Strafkontrolle und der Bekanntgabe des Oberentscheides an den Bestraften sowie an dessen Einheit schon eine genügende Wiedergutmachung liegt [10]).

Das MStr.G.B. bestimmt weder die Frist zur Einreichung einer Disziplinarbeschwerde, noch die Zeit binnen welcher eine Änderung oder Aufhebung der Strafverfügung durch den Vorgesetzten des Strafenden überhaupt zulässig ist. Ziffer 50 Absatz 3 des DR sieht zwar vor, dass Beschwerden nach Dienstschluss nicht mehr berücksichtigt würden, wenn sie vorher hätten eingereicht werden können. Es scheint nun aber sehr fraglich, ob sich diese Bestimmung auch auf die Disziplinarbeschwerde bezieht, einmal deshalb, weil das DR selbst die Vorschriften der Disziplinarstrafordnung vorbehält (Ziffer 52 Absatz 2 DR), dann aber auch mit Rücksicht auf den Umstand, dass durch eine Verwaltungsverordnung die gesetzlich verankerten Rechte einer Person nicht eingeschränkt werden dürfen. Der Gesetzgeber hat offenbar absichtlich keinerlei Fristen aufgestellt. Eine Aufhebung oder Abänderung einer Disziplinarverfügung durch den direkten oder indirekten Vorgesetzten des Strafenden erscheint daher solange zulässig, als die sechsmonatige Frist der Strafvollstreckungsverjährung nicht abgelaufen ist, wobei die Tatsache, ob sich der disziplinarisch Gemassregelte im Dienste befindet oder nicht, ohne Einfluss auf den Fristenlauf bleibt (Art. 183 Ziffer 2 und 3 MStr.G.B). Solange eine Änderung oder Aufhebung der Strafverfügung zulässig ist, kann daher offenbar auch Disziplinarbeschwerde

10) Anders, wenn der Vollzug der Arreststrafe zeitlich nicht mit einem Militärdienst des disziplinarisch Gemassregelten zusammenfällt, wodurch ein vermögensrechtlicher Schaden zufolge Arbeitsausfall entstehen kann: Wenn die Disziplinarstrafe nach Beendigung des Dienstes vollzogen wird; wenn der durch den Strafvollzug versäumte Dienst nachgeholt werden muss; wenn das Disziplinarverfahren gegen eine Zivilperson durchgeführt worden ist.

geführt werden[11]). Trotzdem aus praktischen Gründen eine unverzügliche Beschwerdeführung wünschbar ist, namentlich Anhebung der Beschwerde vor Entlassung der betreffenden Einheit, würde die Annahme, dass das Beschwerderecht mit der Entlassung erlischt, doch zu Ungerechtigkeiten führen: Je nach der Dauer des betreffenden Dienstes und nach dem zufälligen Zeitpunkt der Eröffnung der Disziplinarverfügung würde die Beschwerdefrist von langer oder kurzer, unter Umständen äusserst kurzer Dauer sein; ausserdem wäre für Zivilpersonen, gegen die eine Strafverfügung ergangen ist, die Beschwerdefrist regelmässig viel länger als diejenige der Militärpersonen[12]).

Da die Disziplinarstrafordnung das Verbot der reformatio in pejus nicht aufstellt, steht dem Vorgesetzten des Strafenden die Möglichkeit offen, in jedem Falle eine Strafe zu verfügen, deren Höhe im Einklang steht mit Strafen, die im gleichen Truppenkörper in analogen Fällen ausgesprochen worden waren[13]).

c. Dem Disziplinarentscheid eines Truppenkommandanten kommt materielle Rechtskraft nicht zu. Der Strafende selbst kann daher seine Strafverfügung nachträglich zu Gunsten oder zum Nachteil des Bestraften abändern nicht nur dann, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel auftauchen, sondern auch mit Rücksicht auf andere analoge Disziplinarfälle in Nachbarein-

---

11) Anderer Ansicht: Sprecher v. Bernegg S. 1o2; zum alten MStr.G.B. vgl. Hæne S. 88.

12) Vgl. nunmehr den gestützt auf den Bundesbeschluss vom 3o. August 1939 über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität erlassenen BRB betr. die disziplinarische Bestrafung von Zivilpersonen vom 15. Oktober 1941, der gegen Disziplinarstrafbefehle bezw. Disziplinarstrafverfügungen von Territorialkommandanten eine fünftägige Einsprachefrist bezw. eine zehntägige Beschwerdefrist vorsieht (Art. 4 und 8 des zit. BRB). (A. S. Bd. 57 S. 1145) Hafter VE Art. 171 sah in allen Fällen eine fünftägige Beschwerdefrist vor.

13) DR Ziffer 45 Absatz 3.

heiten, die wesentlich strenger oder milder bestraft wurden. Praktisch wird allerdings von dieser Möglichkeit im Hinblick auf die Autorität und Selbständigkeit des Truppenkommandanten äusserst wenig Gebrauch gemacht werden. Eine Strafänderung durch den Strafenden selbst erscheint binnen derselben Frist zulässig, während der die Strafe durch den Vorgesetzten des Strafenden abgeändert werden darf.

d. Da einerseits der Begriff des Disziplinarfehlers sehr weiter Auslegung fähig ist, anderseits im Disziplinarstrafrecht das Offizialprinzip nicht gilt, könnte in der Tatsache der Bestrafung oder Nichtbestrafung wie auch bezüglich des im Einzelfalle angewendeten Strafmasses keinesfalls ein strafbares Verhalten des betreffenden Disziplinarvorgesetzten erblickt werden [14]).

II. Im militärgerichtlichen Verfahren.

„Wir finden bei vielen Delikten im Militärstrafgesetzbuch die Bestimmung: „In leichten Fällen erfolgt disziplinarische Bestrafung." Diese Vorschrift wird nun in der Regel nicht vom Richter, sondern von der nach der Militärstrafgerichtsordnung kompetenten Kommandostelle gehandhabt; sie hat die Überweisung zu verfügen oder den Fall dahinzustellen. Bei diesem Offizier liegt also die Befugnis, darüber zu entscheiden, ob es sich um einen leichten Fall handelt oder nicht. Da bestehen doch gewisse Gefahren. In dem Bestreben, ja nichts in die Öffentlichkeit gelangen zu lassen — kein Kommandant hat es gern, wenn in seiner Truppe etwas vorkommt — könnten da auch Fälle, die objektiv nicht als leicht erscheinen, disziplinarisch geahndet werden, eben damit sie nicht an das Gericht und damit an die Öffentlichkeit gelangen." [15])

Es ist nicht unsere Aufgabe auf Grund der in den letzten Jahren gesammelten Erfahrungen zu prüfen, ob und inwieweit

14) Anders das alte MStr.G.B., das in Art. 197 bestimmte, dass, wenn es sich ergebe, dass der Disziplinarvorgesetzte übel gestraft habe, dieser selbst bestraft werden solle.

15) Votum Scherrer im Ständerat (Sten. B. 1921 S. 450); vgl. auch Henrici in ASMZ 1921 S. 97 ff. und dessen Votum am JR 1926.

sich diese Befürchtung als zutreffend erwiesen hat. Dagegen liegt es durchaus im Bereiche des Möglichen, dass ein Kommandant infolge Unkenntnis des MStr.G.B. bezw. der militärgerichtlichen Praxis einen Delinquenten disziplinarisch bestraft oder bestrafen lässt, obwohl eine Tat begangen worden ist, die das Militärgericht — wäre eine Anklageerhebung erfolgt — mit grosser Wahrscheinlichkeit als schweren Fall betrachtet hätte und der Täter demnach kriminell bestraft worden wäre.
Die Verantwortung dafür, dass ein krimineller Fall den Instanzen der Militärjustiz auch wirklich überwiesen wird, trägt allerdings in erster Linie derjenige Kommandant, der die Voruntersuchung anzubefehlen hat, in der Regel also der Regimentskommandant. Indessen besteht auch die Möglichkeit, dass ein Delikt, das krimineller Ahndung bedarf, dieser Kommandostelle überhaupt nicht zur Kenntnis gelangt, indem ein unterstellter Kommandant die Tat als Ordnungsfehler oder als leichten Fall betrachtet, zu dessen disziplinarischer Ahndung seine Strafkompetenzen ausreichen oder weil gar ein Subalternoffizier oder Unteroffizier ohne Meldung an den Einheitskommandanten eine Massnahme im Sinne des DR anordnet.
Die Kenntnis der Bestimmungen des MStr.G.B. kann zweifellos nicht von den Vorgesetzten aller Grade gefordert werden, diejenige der militärgerichtlichen Praxis darf dagegen überhaupt nur bei Justizoffizieren vorausgesetzt werden. Selbst wenn von einer vollständig einheitlichen Praxis der verschiedenen Militärgerichte gesprochen werden könnte, die in einer systematischen Entscheidsammlung niedergelegt wäre, könnte von den Disziplinarvorgesetzten nicht verlangt werden, dass sie sich immer und unter allen Umständen an die Gerichtspraxis halten müssten, denn die Frage, ob ein schwerer oder leichter Fall, bezw. Ordnungsfehler vorliegt, ist eben im allgemeinen eine solche des freien Ermessens. Der Disziplinarvorgesetzte hat mithin die Pflicht, nach seiner eigenen dienstlichen Überzeug-

ung und unter voller Verantwortung seinen Entscheid zu treffen, ob ein konkreter Fall der Militärjustiz zu übergeben sei oder nicht. Sowohl der Gerichtspraxis als auch dem Ergebnis einer allfälligen Beweisaufnahme durch den Untersuchungsrichter kann nur die Bedeutung einer Wegleitung ohne verbindliche Wirkung für den Disziplinarvorgesetzten zukommen. Grundsätzlich steht nur dann zum vornherein fest, dass Voruntersuchung anzubefehlen ist, wenn eine Tat begangen worden ist, auf die das MStr.G.B. ausschliesslich kriminelle Strafen androht.

Auch an dieser Stelle ist indessen daran zu erinnern, dass den Disziplinarentscheiden der Truppenkommandanten, selbst wenn sie vollzogen sind, materielle Rechtskraft nicht zukommt und daher später binnen der kriminellen Verfolgungsverjährungsfrist wegen der nämlichen strafbaren Handlung durch das Militärgericht eine kriminelle Strafe ausgefällt werden kann.

III. Ergebnis.

Militärstrafrecht und Militärstrafgerichtsbarkeit im weiteren Sinne des Wortes bedeuten höchsten Rechtsgüterschutz des Staates. Die Straffindung kann sich daher nicht bloss nach individuellen Gesichtspunkten, d. h. nach der Schwere der objektiven und subjektiven Merkmale der Tat richten, sondern darf sich unter Umständen nicht weniger von Zweckmässigkeitserwägungen leiten lassen. Eine im Einzelfall ausgesprochene kriminelle oder disziplinarische Strafe mag mit Rücksicht auf Tat und Täter zwar ausserordentlich hart oder überaus milde erscheinen, im Hinblick auf kollektive Interessen (des Truppenteiles, dem der Fehlbare angehört, der Armee, des ganzen Landes) kann sie dennoch gerechtfertigt sein. Es ist deshalb um so schwieriger zu einer territorial ausgeglichenen und zeitlich konstanten Praxis der Militärgerichte und der Truppenkommandanten zu gelangen. — Bei der

Mehrzahl aller nach dem MStr.G.B. zu beurteilenden Straffälle treten nun allerdings diese kollektiven Interessen nicht in so starkem Masse hervor, dass ihretwegen ein Abgehen vom üblichen Strafmass notwendig erscheinen würde. Zur vermehrten Sicherstellung einer gleichmässigen und gerechten Rechtsanwendung in diesen Fällen -- weniger zum Zweck eines gleichmässigen Strafmasses im Disziplinarstrafrecht [16]) als zur Verhütung von Ordnungsstrafen und Massnahmen im Sinne des DR, wo Einleitung der Voruntersuchung am Platze wäre -- erscheinen u. E. folgende praktischen Mittel geeignet:

a. Instruktion aller Kader, insbesondere auch der Subalternoffiziere und Unteroffiziere an Hand praktischer Fälle, welche objektiven und subjektiven Momente einer Tat die Annahme eines schweren Falles zu rechtfertigen vermögen.

b. Unverzügliche oder innert kurzen Zeitabständen periodisch zu erstattende Meldungen der Einheitskommandanten auf dem Dienstwege mindestens bis zu derjenigen Kommandostelle, welche die Voruntersuchung anzubefehlen hat, über die verhängten Ordnungsstrafen und grösseren Massnahmen im Sinne des DR. Diese Meldungen haben nicht bloss Name, Grad und Einteilung des Fehlbaren, Grund der Bestrafung und die ausgefällte Strafe zu bezeichnen, sondern auch eine knappe Darstellung des Herganges, die subjektiven Verumständungen der Tat sowie einen Hinweis auf die bisherige militär-

16) Bezüglich des Strafmasses im Disziplinarstrafrecht ist dem unterstellten Kommandanten eine gewisse Selbständigkeit zu belassen: Der Unterführer kennt die subjektiven und objektiven Verumständungen der Tat besser als sein Vorgesetzter; er ist für die Disziplin seiner Truppe verantwortlich und entscheidet daher über die Auswahl der Erziehungsmittel im weiteren Sinne; Abänderung der Disziplinarentscheide durch einen Vorgesetzten des Strafenden schadet der Autorität des Unterführers; vgl. DR Ziffer 45 Absätze 2 und 3.

ische Führung des Betreffenden zu enthalten. Nur auf Grund derartiger ausführlicher Rapporte über die Disziplinarfälle wird es möglich sein, eine gewisse Einheitlichkeit -- wenigstens im Regiments- oder Divisionsverband -- hinsichtlich der Überweisung von Straffällen an die Organe der Militärjustiz zu erzielen. Das alte MStr.G.B. (Art. 191 - 195) und der VE Hafter (Art. 167) sahen eine Meldepflicht auch ausdrücklich vor.